أحكام الحضانة
فى الفقه الإسلامى
دراسة مقارنة

إعـــداد

الدكتور / أحمد عبد الحى



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، أحمده وأشكره على آلائه راجيا الزيادة.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له عالم الغيب والشهادة.

وأشهد أن سيدنا ونبينا محمدا عبده ورسوله المرسل رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه نجوم الهدى ومصابيح الرشاد صلاة وسلاما أرجو بهما فى الدارين قربه وامداده.

وبعد ""

فهذا بحث أجمع فيه مسائل الحضانة وما يتعلق بها من أحكام فى الفقه الإسلامى والذى دعانى إليه هو ما يحدث من نزاع واختلاف فى حضانة الولد عند افتراق الزوجين بسبب عدم معرفة الغالبية العظمى من الناس بهذه الأحكام، وعدم تيسر معرفتها راجع إلى عدم التفقه فى الدين، وحتى من يرغب فى معرفة ذلك لا يستطيع لعدم قدرته على سبر أغوار الأمهات من كتب الفقه لعدم إلمامه بأساليبها أو لعدم توافرها.

لذا فقد استخرت الله سبحانه، واستعنت به فى أن أكتب هذا البحث - المتواضع - أجمع فيه كل ما يتعلق بالحضانة من أحكام عند افتراق الأبوين والصبى صغير أو زمن أو مجنون حتى يبلغ عاقلاً فترتفع عنه الحضانة ويستقل بأموره ـ راجيا أن يوفقنى الله فى ذلك فهو حسبى ونعم الوكيل.

وقد قسمت هذا البحث إلى تمهيد وثلاثة فصول وخاتمة.

أما التمهيد فذكرت فيه تعريف الحضانة وحكمها، ومتى تتعين، ومن تثبت عليه ومن لا تثبت.

وأما الفصل الأول فقد تحدثت فيه عن شروط استحقاق الحضانة وقسمته إلى خمسة مباحث:-

المبحث الأول : القدرة على الحضانة.

المبحث الثانى : أمانة الحاضن.

المبحث الثالث : إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: السفر وأثره فى سقوط حضانة الأنثى.

وأما الفصل الثانى: فقد تحدثت فيه عن مراتب المستحقين للحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: انفراد النساء بالحضانة.

المبحث الثانى: انفراد الرجال بالحضانة.

المبحث الثالث: اجتماع الرجال والنساء.

وأما الفصل الثالث: فقد تحدثت فيه عن نفقة المحضون وأجر الحضانة وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نفقة المحضون.

المبحث الثانى: رضاع المحضون.

المبحث الثالث: أجرة الحضانة والمسكن.

وأما الخاتمة ـ نسأل الله حسنها ـ فقد ذكرت فيها أهـم النتـائج التى خرجت بها من البحث، وأخيرا ذكرت أهم مصادر البحث ثم فـهرس عام للموضوعات.

وبعد :

فقد بذلت فى هذا البحث قصارى جهدى فإن أكن قد وفقت فمن الله وله الحمد وإن كانت الأخرى فحسبى أننى بشر قد أجتهد فأخطأ فيكـون لى أجر المحاولة، والله أسأله أن ينفع بما فى هذا البحث كل مـن يقـرأه وأن يغفر لى ما فيه من هفوات.

(ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير)

دكتور/

أحمد عبد الحى محمد

تمهيد

أولاً : تعريف الحضانة:

١- تعريفها في اللغة:

للحضانة فى اللغة معنيين:

الأول:

جعل الشئ فى ناحية، يقال حضن الرجل الشئ أى اعتزله وجعله فى ناحية منه، وحضن فلاناً عن حاجته حبسه ومنعه[١].

الثانى:

الضم إلى الجنب يقال حضنته إذا ضممته إلى جنبك، وهى مأخوذة من الحضن (بالكسر) وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل الصدر والعضدان والجمع أحضان، والاحتضان هو احتمالك للشئ وجعله فى حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله فى أحد شقيها.

ومن ذلك حضن الطائر بيضه وعلى بيضه إذا وجن عليه وضمه إلى نفسه تحت جناحه للتفريخ، وحضن الصبى يحضنه حضناً إذا رباه.

والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبى يحفظانه ويربيانه.

كما يسمى المكان الذى يحضن فيه الولد محضن، والحضانة بالفتح فعلها[٢].

---

(١) القاموس المحيط ٢١١/٤، بدائع الصنائع ٤٠/٤.

(٢) المصدرين السابقين، المعجم الوسيط ١٨٨/١، النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب ٢٦٩/٢، البحر الرائق ١٧٩/٤، ١٨٠، مواهب الجليل ٢١٤/٤، المبدع فى شرح المقنع ٢٣٠/٨، شرح الكنز ١٨٤/١.

تعريفها فى الاصطلاح:

وردت الحضانة[1] عند الفقهاء بألفاظ مختلفة نذكر منها:

للحنفية[2]: أنها ضم الأم ولدها إلى جنبها وإعتزالها إياه من أبيه ليكـون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه.

وللمالكية[3]: هى حفظ الولد والقيام بمصالحه فى مبيته وذهابه ومجيئـه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه.

وللشافعية [4]: هى تربية الطفل ومراعاة مصالحه في وقـت يعجـز ولا يميز بين ضرها ونفعها وذلك فيما دون سبع سنين.

وللحنابلة[5]: هى حفظ صغير ومعتوه ومجنون عما يضرهـم وتربيتـهم بعمل مصالحهم من غسل بدنهم ودهنهم وربط طفـل بمـهد وتحريكه لينام ونحوه.

وللزيدية[6]: هى حفظ المولود وتربيته.

بعد أن ذكرنا تعاريف الفقهاء للحضانة فإننا نلاحظ الآتى:

---

(١) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الحضانة والكفالة إذ هما بمعنى واحد خلافاً للشـافعية حيـث يجعلون الحضانة هى الحفظ والاصلاح فيما قبل بلوغ الصبى سبع أو ثمان سنين والكفالة هى حفظه فيما بعد ذلك.

(٢) البدائع ٤/٤٠.

(٣) مواهب الجليل ٤/٢١٤.

(٤) الحاوى الكبير ١١/٤٩٨.

(٥) شرح منتهى الارادات ٣/٢٦٣.

(٦) البحر الزخار ٤/٢٨٤.

أ- جميع هذه التعاريف اتفقت مع التعريف اللغوى فى معناه الثانى فى جعل الحضانة هى الضم إلى الجنب وإن زادت عليه بعض القيود.

ب - أن تعريف الحنفية يوهم أن الحق فى الحضانة مقصور على الأم وهو غير مراد إذ الحضانة كما تكون للأم تكون لغيرها عند عدمها أو سقوط حقها.

كما أنه التعريف الوحيد من التعاريف الفقهية الذى يتوافق مع المعنيين اللغويين للحضانة ثم إنه التعريف الوحيد الذى يجعل للحاضنة الاعتزال بالطفل بعيداً عن أبيه أما غيره فلم يشر إلى ذلك.

جـ- أما تعريف الشافعية فيؤخذ عليه أنه قصر الحضانة على ما دون السبع، أما الرعاية والحفظ بعد السبع فيسمونه كفالة مع أن كلا منهما رعاية وحفظاً أياً كان المسمى.

لذلك فإننى أرى أن الأولى فى تعريف الحضانة أن نقول هى حفظ الولد ورعايته والقيام بما يصلحه فى كل أموره.

ثانيا: حكم الحضانة:

أجمع أهل العلم[1] على أن حضانة الأطفال الصغار فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين[2] وإنما كانت الحضانة بالنسبة لهم فرضاً لأنهم خلق ضعيف يفتقرون إلى من يكفلهم ويربيهم حتى يقوموا

(١) نقل هذا الإجماع عن ابن رشد يراجع مواهب الجليل ٤/٢١٤.

(٢) رد المحتار ٢/٦٧٠ ، مواهب الجليل والتاج ٤/٢١٤.

بأنفسهم، ولأن فى تركهم بدون كافل مظنة الهلاك، فكان حفظهم عن الهلاك واجباً، كما كان الإنفاق عليهم واجباً[1].

ثالثاً : تعيين الحضانة:

إذا تعدد المستحقين للحضانة فإنها لا تتعين على أحد بل تكون واجباً كفائياً إذا قام به البعض سقط عن الباقين[2].

أما إذا انفرد المستحق للحضانة فمما لا خلاف عليه أنها تتعين عليه كان قريباً للمحضون أو أجنبياً عنه.

وأول من تتعين عليه هو الأب حيث اتفق الفقهاء على أنه يجبر على نفقة الولد ويجب عليه إمساكه وحفظه وصيانته إذا استغنى عن النساء لأن ذلك حق للصغير عليه فإذا امتنع عنه أجبر عليه.

كما تتعين الحضانة على الأم، إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون للصغير أب أو ذى رحم محرم وأن يكون ذلك فى حولى رضاعه ولا مال له، أو يكون له مال لكنه لا يقبل ثدى غيرها، فإذا توافرت هذه الشروط تعينت الحضانة عليها فإن امتنعت فإنها تجبر عليها حتى لا

---

(١) لا فرق فى وجوب الحضانة بين حال قيام النكاح وبعد انتهائه إذ تربية الولد ورعايته تسمى حضانة فى كلا الحالين غير أن الغالب أن لا يحدث الخلاف بين الزوجين على تربية الولد إلا بعد الافتراق فاحتيج إلى معرفة أحكامه فعند إطلاق لفظ الحضانة فإنه ينصرف إلى تربية الولد ورعايته بعد افتراق الزوجين ، حاشية رد المحتار ٦٣٣/٢.

(٢) فإذا وجد جماعة طفلاً منبوذاً فإنه يجب عليهم التقاطه وحضنه ويكفى أن يقوم بذلك واحد كسائر فروض الكفاية ـــ الفواكه الدوانى ١٠٢/٢.

يضيع الولد[١] أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فقد اختلف فى جبرها على قولين:

الأول:

لا تجبر عليها[٢] وذلك لأمرين **أحدهما:** أن الحضانة حق لها والإنسان لا يجبر على استيفاء حقه، **وثانيهما:** أنها قد تعجز عنها فتكون فى جبرها عليها تكليف لها بما لا تطيق وهو مدفوع.

الثاني:

تجبر عليها لان حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا القولين نجد أن هذا الخلاف لا يترتب عليه كبير أثر إذ من قال لا تجبر لأن الحضانة حقها قوله محمول على ما إذا لم تتعين، واقتصر على جعل الحضانة حقها لأن المحضون لم يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها.

ومن قال تجبر لأن الحضانة حق المحضون فهو محمول على ما إذا تعينت، واقتصر على أنها حق للمحضون لعدم وجود من يحضنه

---

(١) نقل هذا القول عن بعض الحنفية وعليه الفتوى ــ كما قال به الشافعية والحنابلة والزيدية ــ البحر الرائق ١٨٠/٤ ، قليوبى وعميرة ٩١/٤، المغنى ٢٢٤/٧، السيل الجرار ٤٤٠/٢، فتح القدير ٣٦٨/٤.

(٢) هو اختيار السمرقندى والهندوانى من الحنفية ــ منحة الخالق مع البحر ١٨٠/٤ ، فتح القدير ٣٦٨/٤.

غيرها، وبناء عليه فإن الأم لا تجبر على الحضانة إلا إذا تعينت لتضـور الصبي بتركها.

رابعاً: من تثبت عليه الحضانة ووقت ثبوتها:

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد فإن كان صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً ثبتت حضانته لمن هم مشفقون عليه، أما البالغ العاقل الرشيد فلا حضانة عليه لأحد لاكتفائه بنفسه واستغنائه عن أحد يكفله وهو مأمون فلم يكن لأحد عليه سبيل.

أما الصغير والمجنون فإنما ثبتت الحضانة عليهم لعجزهم عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم فكانوا في حاجة إلى من ينظر إليهم ويقوم بمصالحهم حتى لا يهلكوا أو يضيعوا.

وإذا ثبتت الحضانة عليهم فإنها تستمر إلى أن يبلغ الصغير ويعقل المجنون[1].

وإنما توقت هذا الحق بالبلوغ لأن الولاية على الصغار تزول بالبلوغ كولاية المال، ولأنه يكتفي بنفسه عند كمال التمييز والقوة فتزول عنه الكفالة.

هل يخلى سبيل المحضون بمجرد البلوغ؟

يفرق بين الذكر والأنثى.

---

(١) البدائع ٤/٤٣، التاج والإكليل ٤/٢١٤، الحاوي ١١/٥٠٠، ٥٠٩ المغنى ٧/٦١٤، المحلى ١٠/٣٣١.

فإذا كان المحضون ذكرا فإن بلغ عاقلاً واجتمع رأيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فإنه يخلى سبيله فيذهب حيث شاء ويكون له الخيار في الاستقلال بنفسه أو المقام عند من شاء من أبويه.

لكن يستحب له عدم مفارقتهما حتى لا يقطع بره بهما.

أما إن بلغ وكان غير مأمون عليه، فإن للأب ولغيره من العصبات أن يضمه إلى نفسه ولا يخلى سبيله[١]، كي لا يكتسب شيئا يضره، ولأن للأب ولاية ماله عند بلوغه مبذراً فكان له أن يضمه إلى نفسه إما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه لأنه يعير بفساد ولده، ولأن الله يقول ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى** ﴾[٢] ولأن ذلك من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والمنع من فعل المنكر واجب على كل من قدر عليه لا سيما من يلحقه عاره.

ويرى الشافعية في المذهب[٣] أن له أن يسكن حيث شاء حيث لا ريبة وولاية ماله للأب ما لم يكن أمرداً.

__أما إن كان المحضون أنثى__ فقد اختلف العلماء في جواز استقلالها بنفسها بالبلوغ كالذكر وعدم استقلالها وحاصل خلافهم يتمثل فيما يأتي:

---

(١) البحر الرائق ١٨٦/٦، المبسوط ٢١٢/٥، رد المحتار ٦٤١/٢.

(٢) بعض آية ٢ من سورة المائدة.

(٣) الاقناع وتقريرات للشيخ عوض عليه ١٩٧/٢.

١-يرى الشافعية:

أن الأولى أن تكون عند أحد أبويها حتى تتزوج لأنه أبعد عن التهمة ولها أن تسكن حيث شاءت مع الكراهة[١] وذهب ابن حزم إلى جواز استقلالها بغير كراهة[٢].

يقول ابن حزم ولا معنى للفرق بين الذكر والأنثى في ذلك ولا لمراعاة زواج الابنة لأنه شرع لم يأذن به الله وقد تزوج وهى في المهد وقد لا تتزوج وهى بنت تسعين سنة ورب بكر أصلح وأنظر من ذوات الأزواج، وبضرورة الحس يدرى كل أحد أن الزواج لم يزدها عقلاً لم يكن ولا صلاحاً لم يكن.

ويمثل ما ذهب إليه الشافعية قال الحنفية[٣] في الثيب إذا لم تكن ريبة لأن ولاية الأب قد زالت بالبلوغ، ولما روى عن النبي ﷺ أنه قال: " ليس للولى مع الثيب أمر"[٤].

أي في التفرد بالسكنى، ولان ثبوت الولاية عليها كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت في السن واجتمع لها رأى وعقل.

---

(١) هذا فى البكر فقط أما الثيب فلا كراهة فى انفرادها إذا لم تكن ريبة، روى عن الشافعى قال أكره للجارية– ويراد بها البكر، أن تعتزل أبويها حتى تتزوج لئلا يسبق إليها ظنه أو تتوجه إليها تهمة ، الحاوى الكبير ١١/٥٠٠، ٥٠١ المجموع ٢/٢٢١، الاقناع ٢/١٩٧.

(٢) المحلى ١٠/٣٣١.

(٣) بدائع الصنائع ٤/٤٣، المبسوط ٥/٢١٢.

(٤) الحديث: أخرجه أبو داود فى السنن ٢/٢٣٩، السنن الكبرى للبيهقى ٧/١١٨.

وذهب المالكية[١] والحنابلة[٢].

إلى أن الأنثى لاتنفرد ولا يخلى سبيلها أحبت أم كرهت حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ولأبيها منعها وإن كانت مأمونة على نفسها إذ هى مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال ولا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها.

وإن لم يكن لها أب كان لوليها منعها من ذلك وضمها إلى نفسه.

وذهب الحنفية إلى أن الأنثى البكر إذا كانت غير مأمونة على نفسها وكذلك الثيب إذا كانت حديثة السن لا تستقل بنفسها وتظل فى ولاية الأب أو الجد[٣] إذ فى تركها بغير ولاية تعريض لها للفتنة وفى ذلك من الضرر ما فيه.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء فى استقلال الذكر والأنثى بنفسه بعد البلوغ أو عدم استقلاله فإنى أرى أن للذكر إن كان مأمونا عليه لبلوغه عاقلاً رشيداً الاستقلال بنفسه فيسكن حيث شاء لكن يستحب له أن لا يقطع بره عن أبويه جميعاً سواء سكن مع أحدهما أو استقل عنهما، أما إن بلغ غير رشيد أو كان غير مأمون عليه لكونه أمرداً فإنه لا يستقل

---

(١) التاج والإكليل ٢١٤/٤، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٢.

(٢) المغنى ٦١٤/٧.

(٣) أما غيرها من العصبات فلا يمكن من ضمها إلا إذا كان مأمونا عليها فإن لم يكن كان للقاضى أن يضمها إلى امرأة أمينة عليها قادرة على حفظها أو يخليها تنفرد بالسكنى عند الأمن عليها. منحة الخالق والبحر الرائق ١٨٦/٤، المبسوط ٢١٢/٥.

بنفسه بل يجبر على المقام مع أحدهما أو مع أحد العصبة المأمونين وذلك لمنع الفتنة ودفع الضرر عنه وعن من يلحقه عاره.

أما الأنثى فإن بلغت رشيدة ثيباً كانت أم بكراً فإن الأولى أن تكون عند أحدهما لأنه أبعد للتهمة ويتأكد ذلك إن كان ثم ريبة في استقلالها حيث تجبر على المقام مع أحدهما أو مع وليها من العصبة إن كان محرماً لها، ويصدق الولي بيمينه في دعوى الريبة ولا يكلف البينة لأن اسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة.

فإن لم يكن أحد من أوليائها كان للحاكم أن يمنعها من الاستقلال ويسكنها حيث يشرف على أمرها أو يضعها عند امرأة مأمونة.

الفصل الأول

شروط استحقاق الحضانة[1].

يشترط فى مستحق الحضانة جملة من الشروط، إذا توافرت كان على حقه فى حضانة الطفل وإذا عدمت أو منع منها مانع سقط حقه فيها، وهذه الشروط منها ما هو محل اتفاق ومنها ما هو محل اختلاف ونتعرض لدراسة هذه الموانع فى جملة من المباحث.

المبحث الأول: أن يكون قادرا عليها.

المبحث الثانى: أن يكون أمينا.

المبحث الثالث: إسلام الحاضن.

المبحث الرابع: عدم زواج الأنثى المستحقة للحضانة.

المبحث الخامس: عدم السفر للمحضون.

---

(١) إن قام بأحد المستحقين للحضانة ما يمنعه عنها، كالجنون والصبى أو العاهة، أو العجز أو الكفر أو زواج المرأة بغير ذى محرم من المحضون أو سفر الحاضن ونحو ذلك من كل ما يمنع من الحضانة فعند زواله يعود إلى حقه فيها، فلو عقل المجنون وبلغ الصبى وأسلم الكافر وعاد المسافر وطلقت المرأة فإنه يعود حقهم فيها. البدائع ٤٢/٤، مواهب الجليل ٢١٧/٤، المهذب ١٦٩/٢، الكافى ٣٨٤/٣، السيل الجرار ٤٣٩/٢.

المبحث الأول

القدرة على الحضانة

إذا فقد المستحق للحضانة الأهلية أو كان غير قادر عليها فإنه يسقط حقه فيها، وفقدان الأهلية يتمثل فى عدة أمور نبحثها فى المطالب الآتية:

المطلب الأول

الجنون والصغر

يشترط فى مستحق الحضانة أن يكون عاقلاً [1] فإن كان مجنوناً مطبقاً أو كان بحيث يجن أحيانا ويفيق فى أحيان أخرى أو كان صبيا ولو مميزاً فلا حق له فى الحضانة " وكذا كل من بعقله نقص يمنعه من القيام بحق المحضون فلا حق له فى الحضانة لعدم أهليته، ويستوى فى ذلك الذكر والأنثى[2].

وذلك لأن الحضانة ولاية ومن به جنون ليس من أهلها، وكذلك الصبى ليس من أهلها ثم إن الصبى والمجنون فى حاجة إلى من يكفلهما فلم يجز أن يكون واحداً منهما كافلا.

---

(١) كما يشترط هذا الشرط فى الابتداء فإنه يشترط للدوام والاستمرار فإن جن حال قيامه بالحضانة سقط حقه فيها.

(٢) رد المحتار ٢/٦٣٣، منحة الخالق ٤/١٧٩، التاج والاكليل ٤/٢١٦ ، الشرح الكبير مع الدسوقى ٢/٥٢٨، حاشية قليوبى وشرح المحلى ٤/ ٩٠ ، المغنى ٧/٦١٢، السيل الجرار ٢/٤٣٩، سبل السلام ٣/٢٢٩، تكملة المجموع ٢٠/٢٢٢.

ثم إنه يخشى على الصبى من جنونه فكان فى ثبوت الحضانة لـــه ضرراً بالصبى وهو ممنوع لمخالفته لشرعية الحضانة حيـــث شـــرعت لمصلحة الصبى لا لضرره.

المطلب الثانى

العاهة المضرة

إذا كان مستحق الحضانة به عاهة يخشى منها علـــى المحضـــون كفاحش الجزام والبرص وشبههما من كـــل مـــرض يخشـــى أن يلحـــق المحضون بسببه الضرر سقط حقه فى حضانة الصبى[١].

إذ هى ما ثبتت إلا لمصلحة الصبى، فإذا قلنا بأحقيته فى حضانـــة الطفل مع تحقق الضرر لكان ثبوتها مخالفاً لشرعيتها وهو ممتنع.

(١) التاج والإكليل ٢١٦/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢، الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ١٩٦/٢.

المطلب الثالث

العجز عن القيام بحق المحضون

يشترط فيمن له الحق فى الحضانة أن يكون قادراً على القيام بشأن المحضون من كل ما يصلحه ويعود عليه بالنفع ، فإن كان عاجزاً عن ذلك سقط حقه فيها[1] وأوجه العجز كثيرة نذكر منها:

أ- المرض:

فإذا كان من له الحق فى الحضانة مريضاً مرضاً يشغله عن أحوال المحضون كالفالج والسل وشبههما سقط حقه فى الحضانة لقصوره عن مراعاة المحضون وتربيته، هذا إذا كان يقوم بمصالحه بنفسه، فإن كان له من يقوم بمصالحه، ويمكنه مراعاة الصبى فلا يسقط حقه فيها لعدم تضرر الصبى بذلك.

هذا عن المرض الدائم، أما المرض الطارئ الذى يرجى زواله فلا يعد مانعاً له عن حق الحضانة لأن ذلك لا يعد عجزاً مستمراً.

ب- الهرم:

إذا كان من له حق الحضانة شيخاً فانياً أو أنثى تقدمت بها السن وليس لهما من يقوم بمصالحهما فلا حق لهما فى حضانة الطفل لعجزهما إذ من بلغ هذا المبلغ لا يستطيع القيام بأمور نفسه فكيف

(١) رد المحتار ٦٣٣/٢، منحة الخالق ١٧٩/٤/ ١٨١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٥٢٨/٢، الحاوى ٥٠٢/١١ ، الاقناع ١٩٦/٢، قليوبى ٩٠/٤.

يقوم بأمور غيره، أما إن كان عندهما من يقـــوم بـــهما ويرعـــى شئونـهما فلا يسقط حقهما فيها لعدم لحوق الضرر بالصبى.

جـ- العمى والصمم:

إذا كان الحق فى الحضانة لأعمى أو أصم وأمكنهما حفظ الطفـــل ورعايته بقيا على حقهما فيها لعدم العجز، وإن لم يمكنهما تدبـــر أمورهما بأنفسهما ولم يكن لهما من يقوم بهما فلا حق لهما فيـــها لعجزهما عن حفظ الصبى ورعايته، لأن من لايرعى نفسه كيـــف له أن يرعى غيره.

وللشافعية[1] فى حضانة الأعمى قولان: أحدهما وهو الظاهر عـدم سقوط حضانته مطلقا كان متمكنا من حفظ الطفل أولاً، لـــه مـــن يقـــوم بمصالحه أولاً.

والثانى : سقوط حضانته بكل حال.

والأولى هو التفريق بين من يمكنه رعايته وحفظه فيبقى على حقه ومن لا يمكنه ذلك فلا يحق له.

(١) قليوبى ٤/٩٠، الاقناع ٢/١٩٦.

المبحث الثاني

أمانة الحاضن

يشترط في المستحق للحضانة أن يكون أمينا، فإن كان فاسقاً بأن كان غير مؤتمن على المحضون.

فقد اختلف الفقهاء في سقوط حضانته وفيما يفسق به وبيان ذلك في مطلبين:-

المطلب الأول

ما يعد فسقا تسقط به الحضانة

اختلفت عبارات الفقهاء فيما يعد فسقاً يسقط عدالة المستحق للحضانة إلا أنها جميعاً لا تخرج عن أن المراد بالفسق هو ما يتضرر به الولد وإليك بعض من آرائهم.

فالحنفية يرون:

أن الفسق الذي يسقط الحق في الحضانة هو فسق يضيع الولد به، وهو باطلاقه ينتظم جميع أنواع الفسق من زنا[1] وسرقة وغناء ونياحة حتى لو تركت الصلاة، إذ كل ذلك فسق يضيع به الولد فيسقط حق صاحبه في الحضانة.

---

(١) قصره بعض الحنفية على الزنا لإنشغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل أما غيره فلا، لأن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان فالفاسقة المسلمة أولى، والأصح عدم قصر الفسق على الزنا، لأن الذمية إنما تفعل ما تفعل مما يوجب الفسق عندنا على جهة اعتقاده دينا لها فلا يلحق بها الفاسقة المسلمة، منحة الخالق على البحر ١٨١/٤، حاشية ابن عابدين ٦٣٣/٢، ٦٣٤، حاشية الطائي مع شرح الكنز للعيني ١٨٤/١.

وقريب من هذا ما ذهب إليه المالكية حيث يرون أن الفسق كما يكون بالزنا يكون بالشرب والغناء وكل لهو محرم يقول الدردير[١] عند بيان شروط الحضانة والأمانة فى الحاضن أماً أو أباً فى الدين فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنا ولهو محرم.

فالمراد بالأمانة عندهم حفظ الدين، وإن كان فى الأصل حفظ المال والدين معاً.

ويرى الشافعية[٢] أن الفاسق هو من ارتكب كبيرةً كالغصب والسرقة والقذف وشرب الخمر، والزنا سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه، أو أصر على صغيرة، كما يعد تارك الصلاة فاسقاً عندهم غير أنهم يقولون يكتفى فيمن يستحق الحضانة بعدالة الظاهر فقط فلا يكلف الثبوت عند القاضى[٣].

وخلاصة أقوال الفقهاء فى هذا الأمر أنه يشترط عدم فسق الحاضن وأن الفاسق هو من يخشى أن يلحق ضرره بالمحضون والذى يرتكب الزنا أو السرقة أو الشرب يخشى ضرره على المحضون كما أن من يديم الغناء أو الرقص وكل لهو محرم يخشى ضرره على المحضون، كما أن تارك الصلاة يخشى ضرره على المحضون وبالتالى

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

(٢) المهذب ٣٢٤/٢، قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٩٠/٤ تقريرات الشيخ عوض مع الاقناع ١٩٥/٢.

(٣) فلو ادعى أحدهما فسق صاحبه لينفرد بالحضانة باسقاط حق الآخر لم يقبل قوله ولم يكن له إحلافه عليه، ويظل على ظاهر العدالة حتى يقيم مدعى الفسق بينة عليه. الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٨/٢، ٥٢٩، الحاوى الكبير ٥٠٣/١، ٥٠٤.

يسقط حق من اتصف بشئ من ذلك فى حضانة الطفل لعدم عدالته عند الجمهور من أهل العلم.

المطلب الثانى

الخلاف فى سقوط حضانة الفاسق

يرى جمهور أهل العلم(١) اشتراط عدالة المستحق للحضانة فإن كان فاسقاً سقطت حضانته ولو كان أباً أو أماً، وإذا سقطت حضانته لفسقه انتقلت إلى من يستحقها بعده وذلك لأن الحضانة من باب الولاية، والعدالة شرط فى استحقاق الولاية، فكانت شرطاً فى استحقاق الحضانة.

ولأن من كان بهذه الصفة ـ الفاسق ـ لا يوفى الحضانة حقها، ثم إنه لاحظ للولد فى حضانة الفاسق لأنه ينشأ على طريقته، إذ ربما اقتدى الولد بفساده لاقترانه به ونشوئه معه.

كما أن الفاسق عادل عن صلاح نفسه فكان بأن يعدل عن صلاح غيره أشبه.

وذهب ابن حزم الظاهرى(٢) إلى أن للأم الفاسقة الحق فى حضانة الصغير مدة الرضاع، فإذا بلغ مبلغ الفهم والاستغناء فلا حضانة لها لقوله تعالى: ﴿ وذروا ظاهر الإثم وباطنه ﴾ (٣).

---

(١) منحة الخالق ٤/١٨١، رد المحتار والدر المختار ٢/٦٣٣، ٦٣٤، التاج والاكليل ٤/٢١٦، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٢/٥٢٨.

(٢) المحلى ١٠/٣٢٣.

(٣) بعض آية ١٢٠ من سورة الأنعام.

وقبل أن يصل إلى حد الفهم لا اثم، وعند بلوغه حد الفهم يجب نزعه عنها لأن فى ذلك ترك لظاهر الإثم وباطنه.

وذهب الحنابلة فى رواية وهو قول الشوكانى والصنعانى(١) إلى أنه لا يشترط عدالة الحاضن فلا تسقط حضانته بفسقه، لأن العدالة معتبرة فيما اعتبره الشرع لا فى كل أمر، واعتبارها فى الحضانة حرج عظيم وتعسير شديد إذ غالب النساء يتساهلن فى كثير من الأمور الدينية، فلو كانت العدالة معتبرة فيهن ومسوغة لنزع أولادهن من أيديهن لم يبق صبى بيد أمه إلا فى أندر الأحوال وفى ذلك ضرر بالصبى بنزعه عمن يرعى مصالحه، وضرر بالأم بتوليهها بولدها وهو منهى عنه(٢). ولأنه مخالف لما عليه أهل الإسلام سابقهم ولاحقهم.

الترجيح :

بعد هذا العرض الموجز لهذه الآراء وأدلتها أرى أن أولاها بالقبول هو ما عليه الجمهور من إشتراط عدالة الحاضن وعدم فسقه غير أنه يجب أن يفرق بين فسق يتضرر به الصبى كأن يكون من له الحضانة مشتهراً بارتكاب الفواحش كالزنا والشرب ونحوها أو أن يكون مشتهراً باستعمال اللهو المحرم من غناء ورقص حيث يسقط حقه فى الحضانة بذلك، إذ فى معاشرة من هذه صفته لحوق أشد الضرر بالصبى

---

(١) الفروع ٦١٦/٥، السيل الجرار على حدائق الأزهار ٤٣٩/٢، سبل السلام ٢٢٩/٣.

(٢) ثبت ذلك من حديث يروى عن النبى ﷺ أنه قال : " لا تؤله والدة بولدها ". المصنف لعبد الرازق ١٥٣/٧، ١٥٤/ نصب الراية ٢٦٦/٣ سبل السلام ٢٢٩/٣، سنن البيهقى ٥/٨.

إذ ينشأ على طريقته، ولا مصلحة له فى أن ينشأ فاسقاً والحضانة ما كانت إلا لحظ الولد، ولا حظ له فى أن ينشأ على الفسق.

ولأن الله يقول : ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** ﴾ [1] وترك الصغير مع من هذه صفته ليس تعاوناً على البر والتقوى بل تعاوناً على الإثم وهو منهى عنه.

أما إن كان فسق مستحق الحضانة بتكاسله عن الصلاة أو بارتكابه لبعض الصغائر، وكان الطفل صغيراً لم يصل إلى مرحلة الفهم والاستيعاب لما يحدث حوله فإنه لا ينزع عن حاضنه إذ لا ضرر عليه والحال هذه فى صحبته.

والله تعالى أعلم ،، ،،،

---

[1] بعض آية : ٢ من سورة المائدة.

المبحث الثالث

إسلام الحاضن

اختلف الفقهاء فى ثبوت الحضانة للكافر[1] على المسلم وانحصر خلافهم فى ثلاثة آراء:

القول الأول:

ذهب إليه الحنفية والمالكية وأبو ثور وأبو سعيد الأصطخرى من الشافعية[2] أن الإسلام ليس شرطا فى الحاضن ذكراً أو أنثى.

فلو كانت الأم كافرة[3] ـ كتابية أو مجوسية[4] فإنها تظل على حقها فى الحضانة ولا ينزع الصبى منها، فإن خيف أن تغذيه بخمر أو خنزير فإنها تضم إلى واحد من المسلمين ليكون رقيبا عليها ولا ينزع منها الصبى.

وقد استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بأدلة منها:

أ- روى عن عبد الحميد بن جعفر الأنصارى قال أخبرنى أبى عن جدى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبى

---

(١) لا خلاف فى جواز حضانة المسلم للكافر لما فيه من المصلحة إنما الخلاف فى حضانة الكافر للمسلم.

(٢) المبسوط ٢١٠/٥، البدائع ٤٢/٤، التاج والاكليل ٢١٦/٤ـ الدسوقى والشرح ٥٢٩/٢، نيل الأوطار ٣٣١/٦، الهداية والعناية عليها مع الفتح ٣٧٢/٤.

(٣) ومثل الأم فى ذلك الجدة والخالة والأخت المجوسيات.إذا أسلم الأب.

(٤) زواج المسلم من الكتابية جائز ومتصور، أما زواج المجوسية ابتدأ فغير جائز، وتصور المسألة أن يكون الزوجان مجسويين فيسلم الزوج وتأبى الزوجة الإسلام فيفرق بينهما ويتنازعا فى حضانة الطفل.

ﷺ فقالت ابنتى وهى فطيم أو شبهه وقال رافع ابنتى فقال رسول الله ﷺ اقعد ناحية وقال لها اقعدى ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت إلى أمها فقال النبى ﷺ اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها[1].

دل الحديث على ثبوت حق الحضانة للأم الكافرة وإن كان الولد مسلماً، إذ لو لم يكن لها حق لم يقعدها النبى ﷺ بينهما، ولما خيرها والتخيير دليل ثبوت الحق.

ب ـ إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة منها على الولد وذلك لا يختلف باختلاف الدين، وقد قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى[2].

جـ - إن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وهو لا يختلف بالإسلام والكفر.

<u>القول الثانى :</u>

أن الصبى يظل فى حضانة أمه غير المسلمة حتى يعقل الأديان[3] فإذا عقل أو خيف أن يألف الكفر، حيث تذهب به إلى معابدهم ـ فإنه ينزع منها، ولا فرق فى ذلك بين الذكر والأنثى.

(١) أخرجه الترمذى عن ابى هريرة وقال صحيح الاسناد ـ السنن للترمذى ٣/٧٥، نصب الراية ٣/٢٦٩، وما بعدها ، السنن لابن ماجه ٢/٧٨٨.

(٢) هو طائر طويل العنق رمادى اللون فى منقاره بعض طول يسميه أهل مصر الحبرح يضرب به المثل فى عدم المحبة. حياة الحيوان للدميرى ٣/٣٨٣، النظم المستعذب ١/١٤٩.

(٣) قيل يقدر ذلك بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢/٦٣٩.

وقد ذهب إلى هذا القول بعض الحنفية[1] وهو قريب مما ذهب إليه ابن حزم الأندلسى[2].

أما تركه فى يدها مدة الرضاع فلقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾[3]

حيث لم يفرق بين أم وأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص، أما إذا بلغ الصبى مبلغ الفهم والاستغناء فإنه ينزع منها، لأن الولد مسلم بإسلام أبيه وهى تعلمه الكفر فلا يؤمن الفتنة فى تركه عندها.

ولأن الله يقول :﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** ﴾ [4] ومن ترك الصغير أو الصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر، وترك الصلاة والصيام وشرب الخمر وأكل الخنزير حتى يسهل عليهما شرائع الكفر فقد عاون على الإثم والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى، ومن ازالهما عن ذلك إلى حيث يتعلمان الصلاة والصيام وشرائع الإسلام فقد عاون على البر والتقوى وأدى الفرض فى ذلك.

القول الثالث: لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم ــ ذكرا أو أنثى.

---

(١) ينسب هذا القول إلى الإمام أبو بكر أحمد الرازى يراجع البدائع ٤٢/٤.

(٢) يقول ابن حزم فى المحلى ٣٢٣/١، ٣٢٤، والأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع فإذا بلغا من السن والاستغناء ومبلغ الفهم فلا حضانة لكافرة.

(٣) بعض الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٤) بعض الآية ٢ من سورة المائدة.

ذهب إلى ذلك الشافعية فى المذهب[١] والحنابلة[٢] والزيدية[٣].

واستدلوا لذلك بما يلى:

١- أن الله قطع الموالاة بين الكافرين والمسلمين وجعل المؤمنين بعضهم أولى ببعض وقال: ﴿ **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** ﴾ [٤] والحضانة ولاية لابد فيها من مراعاة مصلحة المولى عليه.

٢- إن الحضانة لحظ الولد ولاحظ له فى حضانة الكافرة، فلا تشرع على الوجه الذى فيه هلاكه وهلاك دينه.

٣- إن الحضانة لا تثبت لفاسق فلأن لا تثبت لكافر أولى، لأن ضرره أكثر حيث يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر.

٤- قياس الحضانة على غيرها من الولايات حيث لا تثبت ولاية الكافر على المسلم فى النكاح وغيره كذا هذا.

المناقشة:

أولا: ناقش أصحاب القول الثالث أدلة القول الأول بما يلى:

أ- حديث عبد الحميد بن جعفر لا يصلح للاحتجاج به لعدة أمور منها[٥]:

---

(١) المهذب ٢/١٦٩، الحاوى الكبير ١١/٥٠٣، المجموع ٢٠/٢٢٢.

(٢) المغنى ٧/٦١٣، الكافى لابن قدامة ٣/٣٨٣.

(٣) البحر الزخار ٤/٣٨٤، ٣٨٥.

(٤) بعض آية ١٤١ من سورة النساء.

(٥) المجموع ٢٠/٢٢٠، ٢٢٢، المغنى ٧/٦١٣، نيل الأوطار ٦/٣٣٠، ٣٣١، سبل السلام ٣/٢٢٨.

١- لأن عبد الحميد رمى بالقدر، وكان سفيان يضعفه وكذا الثورى ويحيى بن معين.

٢- قال ابن المنذر ـ هذا الحديث لا يثبته أهل النقل وفى إسناده مقال.

٣- وإن سلم بصحته فيحتمل أن النبى ﷺ علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصا فى حقه، أو أنه منسوخ لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبى المسلم إلى الكافر ـ لأن الله يقول: **﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾**.

٤- ثم إنها كانت فطيما والفطيم لا يخير.

وقد رد أصحاب القول الأول هذه الاعتراضات بما يلى:

١- إن الحديث بأسانيده وطرقه يصلح للاحتجاج به وقد صححه الحاكم وغيره .

٢- إن دعوى الاضطراب ممنوعة باعتبار محل الحجة وهو كفر الأم وثبوت التخيير وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم.

٣- إن دعوى النسخ والإجماع عليه مردودة، إذ النسخ لا يكون إلا بنص أو إجماع ولم يوجد فبطل القول به.

ب - قولهم إن حق الحضانة لها لوجود الشفقة وذلك لا يختلف بالإسلام والكفر غير مسلم لأنها وإن كانت مشفقة عليه فهى

مأمونة على بدنه لكنها غير مأمونة على دينه وحظه في الدين أقوى.

ثانيا: ناقش أصحاب القول الأول أدلة القول الثالث بما يلي:

أ- أما استدلالهم بعموم قوله تعالى: ﴿ **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا** ﴾ فهو مردود لأن هذا عموم وحديث عبد الحميد بن جعفر خصوص والخاص يقدم على العام كما هو مقرر عند علماء الأصول.

ب- قولهم إن الحضانة لا تثبت لفاسق غير مسلم، إذ إن هذا الشرط غير متفق عليه بين أهل العلم حيث نازع بعضهم في اشتراطه فلا يصلح للاستدلال به على اشتراط الإسلام في الحاضن.

الترجيح:

بعد هذا العرض للآراء والأدلة فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من بقاء الصبي عند أمه إلى أن يعقل الأديان ويفهم ما يدور حوله، فإن أدرك وعقل أو خيف عليه أن يألف الكفر نزع منها، إذ هو أعدل الآراء.

لأن فيه توازنا بين حفظ حق الأم في حضانة ابنها وحفظ الابن من تعلم الكفر.

أما حق الأم في حضانة ابنها في مدة الرضاع فذلك لقوله تعالى: ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ ولأن الصغير في هذه السن ومن زاد عليها لا فهم له ولا معرفة بما يشاهد فلا ضرر عليه في

ذلك، أما إذا عقل الأديان أو خيف عليه أن يألف الكفر وذلك لا يكون إلا بعد إدراكه وتمييزه فإنه ينزع منها حفظا له، لأن فى بقائه عندها يلحقه الضرر بتعوده على الكفر فكان حقه فى حفظ دينه أقوى من حقها فى حضانته.

ولأن الحضانة لحظ الولد ولاحظ له فى أن يبقى بيدها عندما يعقل لأنه يألف عاداتها بكل ما فيها من مساوئ أما قبل أن يعقل فإن حظه فى أن يبقى بيدها لينال من حنانها وشفقتها ما لا يناله عند غيرها.

المبحث الرابع

عدم زواج المستحقة للحضانة

إذا كانت الحضانة للأنثى فهل يشترط لاستحقاقها الحضانة خلوها عن الزواج[1] وإذا استحقت الحضانة ثم تزوجت فهل يسقط حقها فيها أم لا ؟ وهل يختلف الحكم فيما إذا كان الزوج قريبا للمحضون عما إذا كان أجنبيا أم لا؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال هذه المطالب:

(١) هذا إذا أقرت بالتزوج، فإن ادعى عليها ذلك ــ حيث تنازعت مع أحد مستحقى الحضانة فادعى أنها متزوجة ليسقط حقها، وأنكرت هى ذلك كان القول قولها مع يمينها. أما إن أقرت بالزواج وادعت أنها طلقت وعينت الزوج فلا يقبل قولها، لأن دعواها طلاق المعين لا تقبل إلا إذا صدقها، البحر الرائق ١٨٣/٤، در المحتار ٦٤٠/٢.

المطلب الأول

إذا كان الزوج قريبا

إذا كان الزوج قريبا من المحضون، بأن كان زوجها ذى رحم[١] منه فإنها تبقى على حقها فى الحضانة ولا يسقط حقها فيها عند غالبية الفقهاء[٢].

فلو كانت الحاضنة أما أو خالة وزوجها عم الصبى، أو كانت جدة متزوجة بجد الصبى فهى على حقها فى الحضانة وليس لأحد نزع الصبى منها[٣].

ودليل ذلك ما يلى:

أ- ما روى أن عليا وجعفرا وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم[٤] وقد كانت متزوجة بجعفر بن أبى طالب

---

(١) يشترط فى ذى الرحم أن يكون محرما، فإن كان زوجها ذى رحم لكنه غير محرم كابن العم والمحضون انثى فهو كالأجنبى فيسقط حقها بالزواج منه، البحر الرائق ١٨٣/٤، الدسوقى والشرح الكبير ٥٣٠/٢.

(٢) لم يخالف فى ذلك إلا ابن وهب المالكى والشافعية فى وجه حيث اسقطوا حضانتها بالزواج مطلقا، ولو كان الزوج ذا رحم محرم لعموم قوله ﷺ " ما لم تنكحى " ولما يجذبها الطبع إليه من التوافر على الزوج ومراعاة أولادها منه. حاشية المدنى على كنون وحاشية الرهونى ٢٦٢/٤، الحاوى ٥٠٥/١١.

(٣) البدائع ٤٢/٤، المبسوط ٢١٠/٥، التاج والإكليل ٢١٧/٤، المغنى ٦١٩/٧، السيل الجرار ٤٣٩/٢، الكافى ٣٨٤/٣، البحر الزخار ٣٨٥/٤،شرح الكنز ١٨٥/١.

(٤) صحيح البخارى ٦٤/٣، فتح البارى ٥٧١/٧، السنن للبيهقى ٥/٨.

فلم يجعل نكاحها بذى رحم للصبى وهو جعفر ابن عم الصبية مبطلا لحقها.

ب- إن جد الولد يكون مشفقا عليه ولا يلحقه الأذى والجفاء من جهته، وكذا العم وغيره من المحارم لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة، فلما كان الضرر منتفيا عن الصغير لم يسقط حقها فى الحضانة.

جـ- إن كل واحد منهما له الحق فى الحضانة منفردا فمع اجتماعهما أولى.

المطلب الثانى

إن كان الزوج غير قريب المحضون

إن كان الزوج أجنبيا من المحضون فقد اختلف الفقهاء فى سقوط حضانتها بالزواج على ثلاثة آراء.

القول الأول:

لا يسقط حقها فى الحضانة سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل.

ذهب إلى ذلك الحسن البصرى وابن حزم الأندلسى[1] وهو مروى عن عثمان بن عفان[2] وقد استدلوا لقولهم هذا بما يلى:

أ- قوله تعالى : ﴿ **وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم** ﴾ [3].

---

(١) تكملة المجموع ٢٢٣/٢٠، الحاوى ٥٠٤/١١ ، المحلى ٣٢٣/١٠، البحر الزخار ٣٨٥/٤، سبل السلام ٢٢٧/٣.

(٢) نيل الأوطار ٣٢٩/٦.

(٣) بعض الآية ٢٣ من سورة النساء.

ولو كان الزواج يسقط حق المرأة فى الحضانة ما كانت فى حجره فدل كونها فى حجره على بقاء حقها فى ذلك ولو تزوجت.

ب_ قوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ [1].

دلت الآية على أن حق الرضاع للأم فلا يجوز نقله أو نقلها عن موضع جعلهما الله تعالى فيه بغير نص ولم يأت نص صحيح قط بأن الأم إذا تزوجت يسقط حقها فى الحضانة.

جـ- أن النبى ﷺ تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب[2] فكانت عندها ولم تسقط حضانتها بالزواج وقد أقرها النبى ﷺ على ذلك.

د- روى عن أنس بن مالك قال قدم رسول الله ﷺ المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدى فانطلق بى إلى رسول الله ﷺ فقال:" يا رسول إن أنسا غلاما كيسا فليخدمك قال فخدمته فى السفر والحضر"[3].

فهذا أنس فى حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله ﷺ ولم ينكر فكان إقرارا ببقاء حقها فى الحضانة.

هـ- ما روى أن عليا وجعفرا وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة ـ حيث قضى بها رسول الله ﷺ للخالة[4] وهى مزوجة

---

(١) بعض آية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٢) يراجع المستدرك للحاكم ١٧/٤، ١٩.

(٣) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه ١٧٤/٢، فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٤٧٤/١٠.

(٤) سبق تخريجه.

بجعفر، ولو كان الزواج يسقط حق المرأة فى الحضانة لما قضى لها بها.

و- إنه لا فرق فى النظر والحياطة بين الربيب ـ زوج الأم ـ والربيبة ـ زوجة الأب ـ بل فى الأغلب يكون الربيب أشفق وأقل ضررا من الربيبة.

القول الثانى : وهو رواية مهنا عن الإمام أحمد [١].

إن تزوجت والابن صغيرا نزع منها، أما البنت فلا تنزع منها إلى سبع سنين.

فقد فرق بين الغلام حيث يسقط حقها فى حضانته بمجرد زواجها والجارية فلا يسقط حقها فى حضانتها بالزواج إلى أن تبلغ سبع سنين.

واستدل لذلك التفريق بقصة ابنة حمزة حيث ابقى الحضانة عليها لخالتها وهى متزوجة.

وبحديث (أنت أحق به ما لم تنكحى) وسيأتى فى أدلة ـ الجمهور ـ إذ مقتضاه سقوط حضانة المرأة بالزواج فللجمع بين الأحاديث يقال ببقاء الحضانة على الأنثى وسقوطها عن الذكر بزواج الحاضنة جمعا بين الأدلة.

القول الثالث: يسقط حقها فى الحضانة بزواجها[٢] بأجنبى من الصغير.

---

(١) الكافى لابن قدامة ٣/٣٨٣، ٣٨٤،المغنى ٧/٦١٩.

(٢) وقد اختلفوا فى المراد بالزواج هل هو العقد أو الدخول فالحنفية والشافعية والحنابلة فى وجه أن المراد به العقد فيسقط حقها فى حضانة الصبى بالعقد دخل بها الزوج أم لا ، لحديث (أنت أحق به ما لم تنكحى)، والنكاح اسم للعقد وقد وجد قبل الدخول، ولأن بالعقد يملك منافعها

ذهب إلى ذلك الجمهور من أهل العلم [١] حتى ادعى ابن المنذر الإجماع على ذلك[٢].

أدلتهم :

استدل الجمهور لمذهبهم هذا بأدلة من السنة والمعقول نذكر منها:

أ- روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت :" يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ أنت أحق به ما لم تنكحي"[٣] فقد جعل الحق لها إلى أن تتزوج وحكم ما بعد الغاية مخالف لما قبلها، وذلك دليل على سقوط حقها في الحضانة بالزواج.

ب- روى عن سعيد بن المسيب قال طلق عمر أم ابنه عاصم فلقيها ومعها الصبي فنازعها وارتفعا إلى أبي بكر الصديق فقضى بعاصم

ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها، وذهب المالكية والحنابلة في وجه إلى أنه لا يسقط حقها إلا بالدخول، إذ بالدخول تنشغل بأمر الزوج، أما قبله فلم تشغل بشئ : يراجع في ذلك منحة الخالق مع البحر الرائق ١٨٣/٤،المدونة الكبرى ٥٦/٢، حاشية الشيخ عميره على شرح المحلى مع قليوبي ٩٠/٤، المغني ٦٢٠/٧.

(١) يراجع ما سبق من مراجع والمبسوط ٢١٠/٥، حاشية المدني على كنون مع حاشية الرهوني ٢٦٢/٤، الأم ٩٢/٥، الحاوي ٥٠٤/١١، ٥٠٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٢٤، الكافي لابن قدامة ٣٨٣/٣، ٣٨٤، البحر الزخار ٣٨٥/٤، شرح الكنز للعيني ١٨٤/١، ١٨٥.

(٢) نقل هذا الإجماع عنه صاحب المغني ٦١٩/٧، الشوكاني في نيل الأوطار ٦*٣٢٩، الصنعاني في سبل السلام ٢٢٧/٣، لكن في حصول هذا الإجماع نظر لحصول الخلاف عليه؟

(٣) رواه الحاكم في المستدرك ٢٠٧/٢، وقال صحيح الاسناد ، السنن لابي داود، باب من أحق بالولد ٢٩٢/٢، نصب الراية للزيلعي ٢٦٥/٣، السنن للبيهقي ٤/٨، ٥.

لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال إن ريحها وفراشها خير لـــه حتـى يشب أو تتزوج [1] وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة فلـــم ينكـره منكر فكان إجماعا.

جـ- إنها لما تزوجت اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد.

د- إن الولد يلحقه الجفاء والمذلة غالبا من زوج الأم على ما قيـل إنـه يطعمه نزرا ـ أى قليلا ـ وينظر إليه شزرا ـ أى نظر بغـض ـ فكان للأب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها.

هـ- إن على الولد وعصبته عار فى المقام عند زوج أمه.

المناقشة:

ناقش كل فريق أدلة الفريق الآخر بما يتوافق مع مذهبـه فلنذكـر بعض هذه المناقشات بشئ من الإيجاز.

أولا: مناقشة أدلة القول الثالث:

ناقش أصحاب القول الأول أدلة الجمهور بما يلى:

أ- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده لا يصلح للاحتجاج لأنـه صحيفة حيث إن أبوه لم يسمع من جده.

---

(١) رواه مالك فى الموطأ فى كتاب القضاء ولم يذكر فيه لفظ أو تتزوج كما ذكر أن النزاع كـان بين عمر والجدة، يراجع الزرقانى على الموطأ ٤٧٢، ٧٣، ورواه عبد الـرازق بروايتيـن إحداهما أن النزاع كان مع الأم والأخرى مع الجدة، المصنف لعبد الـرازق ١٥٤/٧، كمـا يراجع السنن الكبرى للبيهقى ٥/٨.

ويجاب عن ذلك:

بأن روايات عمرو عن أبيه عن جده قبلها الأئمة وعملوا بها، البخارى ومسلم وابن المدينى والحميد وإسحاق وأمثالهم فلا يلتفت إلى القدح فيه، ثم إن هذا الحديث صححه الحاكم وغيره فكان حجة فى محل النزاع.

ب- أما قضاء أبى بكر فهو فعل صحابى لا حجة فيه، لأن الحجة فيما جاء عن رسول الله ﷺ ، ولو كان ذلك الأمر معروفا لديهم وعندهم فيه نص لما نازع عمر زوجته فى حضانة ابنه.

ثم إن ما روى عن أبى بكر أنه قضى بالولد لأمه، فغير صالح للاحتجاج، لأن أكثر رواياته ليس فيها ما لم تتزوج فيكون فى غير محل النزاع.

ويجاب بأن قضاء أبى بكر وإقرار عمر بقضائه وموافقة الصحابة عليه يصيره إجماعا، والإجماع أحد الأدلة الشرعية، ثم إن حديث " أنت أحق به ما لم تنكحى" قد صححه غير واحد من الأئمة وتلقته الأمة بالقبول كما بينا سابقا.

أما دعوى أن الأثر لم يرد فيه ما لم تزوج فمردود، إذ وردت هذه اللفظة فى رواية عند عبد الرازق(١).

---

(١) المصنف ١٥٤/٧.

أما قولهم إن الولد يلحقه الجفاء والمذلة فذلك أمر نسبى إذ قد يلحقه من الجفاء والمذلة من زوجة الأب أضعاف ما يلحقه من ذلك عند زوج أمه.

ثانيا: أما القول الثانى فلا أدلة عنده على ذلك التفصيل فلا حاجة إلى التعرض له.

ثالثا: ناقش الجمهور أدلة القول الأول بما يلى:

أ- أما إستدلالهم بآية ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم ﴾ فيراد به إذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى بحضانة أمه، وذلك جائز بغير خلاف، أما عند المنازعة فلا دلالة فى الآية عليه فكان خارجا عن محل النزاع.

ب- أما زواج النبى ﷺ بأم سلمة وبقاء الحضانة لها على بنتها، فلأنه لم يكن من عصبتها نزاع، ومجرد البقاء مع عدم المنازع لا يصلح للاحتجاج به على محل النزاع لاحتمال أنه لم يبق لها قريب غيرها، ثم إنها كانت فى كفالة رسول الله ﷺ وهو أفضل الخلق فلا ينازع.

جـ- أما استدلالهم بقصة أنس وأنه كان فى حضانة أمه وهى متزوجة فمردود بما رد به الأول وهو عدم المنازع، ولا يعد دليلا على محل النزاع إلا مع طلب من تنتقل إليه الحضانة ومنازعته، أما مع عدم طلبه فلا نزاع فى أن للأم المتزوجة أن تقوم بولدها

ولم يذكر فى القصص المذكورة أنه حصل نزاع فى ذلك فلا دليل فيما ذكروه على دعواهم فبطل الاحتجاج به.

د- أما قصة ابنة حمزة فقد قيل أنه قضى بها لجعفر ترجيحا لخالتها، وقيل قضى بها للخالة ترجيحا لجعفر لأنه ابن عمها، ولا شك أن الزوج إذا كان ذا رحم من الصغير فإنه لا يسقط حضانة المرأة عند الجمهور من أهل العلم.

ثم إن الحق فى المتزوجة للزوج وإنما تسقط حضانتها لأنها تشتغل بالقيام بحقه وخدمته، فإذا رضى الزوج بأن تحضن من لها حق فى حضانته وأحب بقاء الطفل فى حجره، لم يسقط حق المرأة من الحضانة.

ثم إن جعفر من أهل الحضانة ولا يساويه فيها إلا على ، وقد ترجح جعفر لأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى، ثم إن النكاح إنما يسقط حضانة الأم وحدها إذا كان المنازع لها الأب، ولا يسقط حق غيرها ولا حق الأم حيث كان المنازع لها غير الأب، وبهذا يجمع بين قصة ابنة حمزة وحديث " أنت أحق به ما لم تنكحى".

أما قولهم ــ إنه لا فرق بين الربيب والربيبة إذ الضرر الذى يمكن أن يلحقه من الربيب قد يكون أشد من الضرر الذى يلحقه من الربيبة فأمر مسلم ويمكن حدوثه، لكن فى تربيته عند زوج أمه مذلة وعار يلحق الطفل وعصبته وذلك ضرر أشد وأعظم من الضرر الذى

يلحقه من زوجة أبيه، والقاعدة هى جواز فعل الضرر الأخف لترك الضرر الأعظم.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة وناقشنا ما أمكن مناقشته منها يتبين لنا رجحان القول الثالث ــ وهو ما ذهب إليه الجمهور ــ من سقوط الحضانة المستحقة للأنثى بزواجها لقوة أدلتهم وسلامتها عما وجه إليها من اعتراضات.

لكن يستثنى من ذلك صور تبقى فيها الحضانة للأنثى رغم زواجها نذكر منها:

أ- إذا كانت المرأة متزوجة بذى رحم محرم للصبى وهذا محل اتفاق عند جمهور العلماء لم يخالف فيه إلا ابن وهب المالكى والشافعية فى وجه وقد سبق بيانه.

ب- كما يرى الحنفية[1] أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها، بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى، لأن سقوط الحضانة لدفع الضرر عن الصغير فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقا عليه، وقد يكون له زوجة أب تؤذيه

---

(١) يراجع رد المحتار على الدر المختار ٢/٦٣٩، ٦٤٠.

أضعاف ما يؤذيه زوج أمه فإذا علم المفتى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه لأن مدار الحضانة على نفع الولد.

جـ- أن يعلم من له الحضانة بعد الأم بزواجها ويسكت مع علمه بأن الزواج مسقط لحقها، فإن كان سكوته بلا عذر العام ونحوه فلا يسقط حقها فى الحضانة، فإذا علم بزواجها ولم يطالب بأخذ الولد حتى طالت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأن سكوته دليلاً على ترك حقه فى الحضانة[1].

د- أن يكون زواجها فى زمن الرضاع ولم يقبل الصبى غيرها، أو قبل غيرها وأبت أن ترضعه عند من انتقلت إليه الحضانة بعد تزويج أمه فلا تسقط حضانة الأم بالزواج [2]، لأن كونه فى رضاع أمه وإن كانت ذات زوج أرفق به من أجنبية يسلم إليها، لا سيما إن كانت هى الأخرى ذات زوج.

هـ- أن لا يكون للولد قرابة غيرها لا من الرجال ولا من النساء، أو كان ولم يطلبها فلا تسقط حضانتها بالزواج اتفاقاً لعدم المنازع لها حينئذ كما فى قصة زينب بنت أم سلمة وكما فى قصة انس بن مالك رضى الله عنهم أجمعين.

---

(1) الدسوقى والشرح الكبير ٢/٥٢٩، ٥٣٠، التاج والاكليل ٤/٢١٧.

(2) المصادر السابقة .

المطلب الثالث

عود الحضانة للمرأة

إذا قلنا برأى الجمهور ــ وهو سقوط حق الأنثى في الحضانة بزواجها بغير ذى رحم محرم من الصغير فهل يعود حقها فى الحضانة بالطلاق[١] أو فسخ النكاح الفاسد أم لا؟

اختلف الفقهاء فى ذلك وحاصل خلافهم يتمثل فى الآتى:

أ- ذهب المالكية والأوزاعى[٢] إلى أن حقها في الحضانة لا يعود بالطلاق، وسواء أكان طلاقاً بائنا أم رجعياً[٣].

قال مالك: أرأيت إن تزوجت ثانية أيؤخذ منها ثم إن طلقها زوجها أيرد إليها أيضا ثانية ليس هذا بشئ، إذا أسلمته مرة فلا حق لها فيه.

---

(١) احترز بالطلاق عن الظهار والايلاء لأنهما لا ينهيان النكاح فلا يعود حقها في الحضانة بهما: الحاوى ١١/٥١٠.

(٢) المدونة الكبرى ٢/٣٥٦،الدسوقى والشرح الكبير ٢/٥٣٢، المحلى ١٠/٣٢٩.

(٣) هذا إذا كان من له الحق فى الحضانة ــ الأب أو الأولياء قد انتزعه منها، أما إن علم بتزويجها ولم يقم بأخذ الولد حتى طالت المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأنه يعد بذلك تاركاً لحقه ، التاج والإكليل ٤/٢١٧.

ودليل ذلك

١- أن النبي ﷺ جعل لها الحق في الحضانة ما لم تنكح بقوله: "أنت أحق به ما لم تنكحي" وأطلق وهذه قد نكحت فسقط حقها فلا يعود بعد ذلك.

٢- قياس الحق في الحضانة على حق ولي المجني عليه في القود، فالولي إذا أسقط حقه في القود فإنه لا يعود للمطالبة به مرة ثانية، وإن طالب به لم يستحقه، كذلك حق المرأة في الحضانة إذا سقط فإنه لا يعود.

(ب) وذهب الشافعية والحنابلة وبه قال أبو ثور والحسن بن حيي وهو مذهب الزيدية[1].

إلى أن الأنثى التي سقط حقها في الحضانة بالزواج يعود حقها فيها بالطلاق[2] مطلقا ــ أي سواء أكان الطلاق بائنا أم رجعيا.

أدلتهم:

أولا: استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بما يلي:

أ- إن سقوط حضانتها بالزواج كسقوط حضانتها بالجنون وحضانة المجنونة تعود بالإفاقة من الجنون فكذلك تعود

---

(١) يراجع الحاوي الكبير ٥١٠/١١، المهذب ١٦٩/٢، تكملة المجموع ٢٢٤/٢٠، المغني ٦٢٤/٧، ٦٢٥، الكافي لابن قدامة ٣٨٤/٣، المحلى ٣٢٩/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٩، الأم ٩٢/٥.

(٢) كما يعود حقها فيها بموت الزوج وبفسخ النكاح الفاسد أما الظهار والايلاء فلا يعود بهما حقها في الحضانة لبقاء الزوجية، الحاوي ٥١٠/١١.

بالطلاق بعد النكاح، لأن تعلق الحكم بعلة يوجب إسقاطها بزوال تلك العلة.

ب- إن حضانتها لم تبطل بالتزويج بل تأخرت بدليل انتقالها إلى أمها المدلية بها ولو بطلت حضانتها ما انتقلت إلى من أدلى بها، وإذا ثبت عدم بطلان حضانتها بالتزويج فإنها تعود بزوال النكاح.

ثانيا:

استدلوا على عدم الفرق بين الطلاق البائن والرجعى فى عود الحضانة بما يلى:

أ- إن الرجعية محرمة على الزوج بهذا الطلاق كالبائن.

ب- إن الرجعية لما ملكت نفسها بالطلاق قبل الرجعة صارت كالخلية عن الزوج فى استحقاق الحضانة، كما صارت مثلها فى جواز التصرف، فإن راجعها فى عدتها سقطت حضانتها برجعته، وقبل أن يراجعها تبقى على حقها فى الحضانة.

جـ- إن حقها سقط بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج، وبالطلاق الرجعى يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن فتعود الحضانة به كما فى البائن.

د- إن الزوجية وإن كانت باقية بماله من حق الرجعة إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق له عليها قسم ولا لها به شغل كما أنه عقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن فى عدتها فيعود حقها فى الحضانة كالبائن إذا لا فرق.

حـــ- وذهب الحنفية والمزنى[1]:

إلى أن حقها فى الحضانة يعود بالطلاق البائن أو موت الزوج، أمـــا الطلاق الرجعى فلا يعود حقها فى الحضانة به إلا بانقضاء العدة[2].

وهو قول مخرج عند الحنابلة ذكره ابن قدامة[3].

أدلتهم:

أولاً:

استدلوا على عود الحضانة بالطلاق بأن الزواج مانع من استحقاق الحضانة وقد زال بالطلاق أو موت الزوج فيزول المنع لـــزوال ســـببه، وإذا زال المانع عاد حقها فى الحضانة.

ثانيا:

كما استدلوا على التفريق بين الطلاق البـــائن فيعـــود حقـــها بـــه والطلاق الرجعى فلا يعود حقها به بأن الطلاق البائن يزيل الزوجية أمـــا الطلاق الرجعى فلا يزيلها بل تظل الزوجية قائمة فتكون كالتى فى صلب النكاح فلا حق لها فى الحضانة.

---

(١) العناية على الهداية ٤/٣٧٠، البحر الرائق ٤/١٨٣، رد المحتار ٢/٦٤٠، الحاوى ١١/٥١٠، المهذب ٢/١٦٩.

(٢) مقتضى هذا القول أن المطلقة طلاقاً بائناً يعود حقها فى الحضانة قبل انقضاء العدة مع أنـــها تعتد فى بيت الزوج ولعل وجهه ارتفاع ولايته عليها فلا يتضرر الولد عنـــده، حاشـــية ابـــن عابدين ٣/٦٤٠.

(٣) المغنى ٧/٦٢٥.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أميل أولاً إلى ترجيح القول بعود الحضانة بالطلاق أو موت الزوج، لأن النكاح مانع من الحضانة وقد زال المنع بالطلاق أو موت الزوج فوجب أن تعود إلى حقها فى الحضانة.

أما قول المالكية ومن وافقهم بعدم العود لحديث " أنت أحق به ما لم تنكحى" فيجاب عنه بأن النكاح أما أن يراد به العقد أو الوطء وكلاهما قد زال بالطلاق حيث لا تسمى المطلقة منكوحة وعلى هذا لم يبق فى الحديث حجة.

أما قياسهم حق الحضانة على حق القود فيجاب عنه بأن الأصوب هو قياس حق المطلقة على حق من سقطت حضانتها بالجنون أو بالفسق أو بغيره من الموانع إذ هو أقرب من قياسه على حق القود ومن سقطت حضانته بالجنون ونحوه إذا زال جنونه أو فسقه يعود إلى حقه بالاتفاق فكذا من طلقت فإنها تعود إلى حقها.

أما الخلاف فى الطلاق الرجعى حيث يعود لها الحق فى الحضانة به عند الشافعية ومن وافقهم ولا يعود عند الحنفية ومن وافقهم فإنى أرى ترجيح ما ذهب إليه الحنفية من أنه لا يعود به ولكن بانقضاء العدة، لأن المانع من الحضانة هو الزوجية وهى باقية مع الطلاق الرجعى فتمنع العود.

أما قياس الشافعية المطلقة طلاقاً رجعياً على الخلية فى استحقاق الحضانة بجامع أن كلاً منهما مالكة لأمر نفسها فهو قياس مع الفارق،

لأن المطلقة طلاقاً رجعياً يحق لزوجها مراجعتها فلا تكون مالكة لأمر نفسها.

وأما قولهم أنه عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل فأشبهت البائن فيجاب عنه بأن النكاح قبل الدخول مزيل لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج مما يدل على أن المانع حقيقة هو قيام الزوجية لا الانشغال بالزوج كما تقولون، وإذا ثبت ذلك فإن الطلاق الرجعى لا يمنع من قيام الزوجية فى فترة العدة فلا يعود إليها الحق فى الحضانة لقيام النكاح وقد صح عن النبى ﷺ أنه قال: " أنت أحق به ما لم تنكحى" .

والله أعلم ،، ،،

المبحث الخامس

أثر السفر فى سقوط حضانة الأنثى

إذا أراد أحد الزوجين[1] أو أولياء المحضون السفر عن مكان الحضانة إلى مكان آخر، فهل يسقط حق الأم ـ أو من تستحق الحضانة من النساء ـ فى الحضانة أم لا؟

وللإجابة على ذلك لابد أولا من التفريق بين السفر القريب والسفر البعيد، ثم التفريق ثانيا بين سفر الأب أو أحد الأولياء وبين سفر من تستحق الحضانة من النساء وذلك فى جملة مطالب:

(١) إذا كانت الزوجية قائمة فمكان الحضانة هو مكان الزوجين فإذا أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذى هى فيه إلى غيره كان لزوجها أن يمنعها من الخروج وسواء فى ذلك أن يكون ولدها معها أو لا يكون، لأن عليها المقام فى بيت زوجها، وكذلك إذا كانت معتدة ـ لقوله تعالى " ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ ، البدائع ٤٤/٤، البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٢.

المطلب الأول

السفر القريب

إذا كانت مسافة السفر قريبة فسواء كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء، أو كان المسافر هو الأم أو من تستحق الحضانة من النساء، فإن ذلك لا يمنع حق المرأة فى حضانة ولدها، وسواء كان السفر سفر نقلة أو سفر تجارة أو حج ونحو ذلك، سافرت إلى وطنها أو إلى غيره، وقع العقد به أو لا ؟ فإن كان المسافر هو الأب أو أحد الأولياء المستحقين للحضانة فإن الولد يظل فى حضانة الأم أو من يقوم مقامها من المستحقين للحضانة من النساء.

وإن كان المسافر هو المرأة لم تمنع من السفر ولا من أخذ المحضون معها، لأن الأب أو المستحق للحضانة غيره لا يلحقه كبير ضرر بالنقل فكان بمنزلة انتقالها إلى أطراف البلد، ولأن قرب المسافة كالإقامة فى انتفاء أحكام السفر ويجرى ذلك مجرى البلد الواسع إذا تباعدت أطرافه حيث لا يمنع التنقل فيه من استحقاق الحضانة فكذا هذا، وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء[1].

---

(١) البدائع ٤/٤٥، التاج والإكليل ٤/٢١٧، ٢١٨، الحاوى ١١/٥٠٤، المدونة ٣/٣٥٨، المغنى ٧/٦١٨، الكافى ٣/٣٨٧، منحة الخالق ٤/١٨٧.

غير أنهم اختلفوا فى حد القرب والبعد:

فمنهم من حد القرب بأنه الذى يقدر فيه الأب على أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل، أو بحيث يراهم ويرونه كل يوم[١] لأن البعد الذى يمنعه من رؤيتهم يمنعه من تأديبهم وتعليمهم، ومنهم من يحده بستة برد[٢] ومنهم من يحده بالبريد فما زاد عليه فهو فى حد البعد أو هو بحيث يبلغ الأولياء خبر المحضون[٣]، ومنهم من يحد القريب بمسافة القصر.

فإن كانت المسافة لا تقصر فى مثلها الصلاة لا تمنع المرأة من السفر به ولا يسقط حقها فى حضانته كما لا يسقط حقها إذا كان المسافر لهذه المسافة هو الأب أو من له الحضانة من الأولياء[٤].

---

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة فى المذهب، يراجع البدائع ٤٥/٤، المغنى ٦١٨/٧،البحر الرائق ١٨٧/٤.

(٢) البريد هو المسافة " وهو أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال والميل ستة آلاف ذراع وقيل أربعة آلاف وقيل ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع، وقيل البريد فرسخان فعلى الأول يكون اثنان وعشرون كيلو متر وعلى الثانى أحد عشر كيلو متر. المقادير الشرعية للكردى ص ٢٨٦، المعجم الكبير حرف الباء ص ٢١٠.

(٣) ينقل هذين القولين عن المالكية. يراجع التاج والإكليل ٢١٨/٤، المدونة ٣٥٨/٢.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية وهو قول القاضى من الحنابلة وبعض المالكية.يراجع ـ الحاوى ٥٠٤/١١، المغنى ٦١٨/٧، الكافى ٣٨٧/٣، التاج والإكليل ٢١٧/٤، تكملة المجموع ٢٤٠/٢٠.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء فى تحديد الفرق بين المسافة البعيدة والقريبة نجد أن مرجع هذه الأقوال هو الاجتهاد إذ ليس فى ذلك شئ يرجع إليه فى الكتاب والسنة وإنما هو الاجتهاد فقط.

وعلى هذا فالمعتبر فى ذلك هو نفى الضرر عن الأم ـ أو من تستحق الحضانة غيرها ـ وكذلك نفى الضرر عن الأب أو أحد الأولياء المستحقين للحضانة غيره لقوله تعالى : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ [1] غير أنى أرى أن أقربها وأولاها بالقبول هو ما ذهب إليه الحنفية، لأن الأب إذا قدر على زيارة ولده ثم يعود فى نفس اليوم فليس هناك ضرر يلحق به وإذا انتفى الضرر لم يمنع أحدهما من السفر بالمحضون.

(١) بعض الآية ٢٢٣ من سورة البقرة .

المطلب الثانى

المسافة البعيدة

إذا كانت المسافة بعيدة، سواء قلنا بأنها ستة برد أو مسافة القصر، أو غير ذلك فإما أن يكون المسافر بالمحضون هو الأب أو أحد الأولياء، وإما أن يكون الأم أو من يستحق الحضانة من النساء غيرها، وإما أن يسافرا جميعا إلى بلد واحد أو لا؟

سفر الأب :

إذا كان من يريد السفر هو الأب فقد اختلف الفقهاء في سقوط حضانة الأم أو من يستحق الحضانة من النساء على قولين:-

القول الأول: ذهب الحنفية[١] والظاهرية [٢].

أ- إلى عدم سقوط حضانة المرأة بذلك ــ سواء كان سفره سفر نقلة أو سفر تجارة ونحوه وسواء كان المسافر هو الأب أو غيره من الأولياء، وعلى هذا فإن الولد يظل فى حضانة المرأة ولا ينزع منها [٣].

ودليلهم على ذلك:-

ب- أن الأم ــ ومن فى حكمها من النساء ــ أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فى ذلك من إبطال حقها.

---

(١) البدائع ٤٤/٤، البحر الرائق ومنحة الخالق ١٨٧/٤.

(٢) المحلى ٣٢٣/١٠، ٣٢٥.

(٣) هذا إذا كانت حضانة الأم باقية، أما إذا منع منها مانع كزواجها مثلا فإن له السفر به لأن المنع كان للأضرار بها بإبطال حقها فى الحضانة، فإذا بطل حقها زال المانع من السفر ــ البحر الرايق ١٨٨/٤.

ج- أن الأب لو كان مقيما لما كان له نزع الولد من يدها ففى حال سفره من باب أولى.

د - إنه لم يأت نص قرآن ولا سنة بسقوط حضانة الأم من أجل رحيل الأب فهو شرع باطل ممن قال به وسوء نظر للصغير وإضرار به فى تكليفه الحل والترحال والإزالة عن الأم أو من يقوم مقامها وهو ظلم لا خفاء فيه.

القول الثانى:- وهو للمالكية والشافعية والحنابلة(١).

حيث ذهبوا إلى التفريق بين سفر النقلة، وسفر الحاجة، فإن كان سفره لحاجة إذا نجزت عاد.

فالمقيم منهما أحق بحضانة الولد، سواء كان المقيم هو الأم أو الأب(٢).

وذلك لأن المقام أودع والسفر أخطر، كما أنه لا حظ للولد فى حمله ورده ولأن ما فيه إضرار بالولد ظاهر المنع ولا شك أن السفر فيه إضرار به فكان ممنوعا من السفر به.

أما إن كان سفره نقلة بحيث كان خروجه من البلد إلى بلد آخر بهدف الاستيطان والسكنى فى البلد الآخر، والمسافة بين البلدين بعيدة.

---

(١) المدونة الكبرى ٣٥٨/٢، المدنى على كنون ٢٦٤/٤، المهذب ١٧٢/٢، الحاوى ٥٠٤/١١، تكمله المجموع ٢٣٩/٢٠، المغنى ٦١٨/٧، الكافى لابن قدامة ٣٨٧/٣.

(٢) يلاحظ أن غير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها عند غير الحنفية وأن غير الأب من أولياء الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة فى جميع الأحكام اتفاقا، يراجع منحة الخالق والبحر ١٨٧/٤، المدونة ٣٥٨/٢، الحاوى ٥٢٣/١١، المغنى ٦١٩/٧.

ففى هذه الحالة يكون الأب أحق بحضانة الولد، فيسقط حق المرأة فى الحضانة، وينتزع منها الولد ويدفع إلى أبيه[1] إن كان معه فى كفاية سواء كان الولد فطيما أو رضيعا[2].

وذلك : لأن حفظ نسبه الذى لا يقدر على اكتسابه أولى بالتقديم والاعتبار مما يقدر على اكتسابه من العلوم والأدب، والأب فى العادة هو الذى يقوم بالتأديب وحفظ النسب فإذا لم يكن فى بلده ضاع، ولأن فى الكون مع الأم حضانة ومع الأب حفظ النسب والتأديب وفى الحضانة يقوم غير الأم مقامها وفى حفظ النسب لا يقوم غير الأب مقامه فكان أحق بالحضانة منها.

(١) هذا الحكم عندهم مشروط بأن يكون الطريق آمنا والبلد المنتقل إليه آمنا، وإلا كان المقيم ــ وهو الأم ــ أو من يستحق الحضانة من النساء بعدها ــ أحق بحضانة الولد لأن فى السفر به فى هذه الحالة خطر وضرر به، تكملة المجموع ٢٤٠/٢٠، التاج والإكليل ٢١٨/٤، المهذب ١٧٢/٢،الكافى ٣٨٧/٣، المغنى ٦١٨/٧.

(٢) وبهذا قال الشافعية والمالكية فى المذهب وقال ابن القاسم إذا انتقل لا يأخذ ولده إلا أن يكون فطيما وقال أيضا يأخذه إن كان رضيعا إذا كان يقبل غير أمه كما شرط المالكية أن لا ينتقل به الأب إلى البادية ويراد بهم أهل العمود إذ لا قرار لهم والا يعلم أنه أراد الضرر بالأم، يراجع حاشية المدنى على كنون ٢٦٤/٤، التاج والإكليل ٢١٧/٤، الحاوى الكبير ٥٢٣/١١، حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى ٩٢/٤.

الترجيح :

بعد أن ذكرنا القولين وما أمكن الاستدلال به لكل قول أجدنى أميل إلى قول الحنفية والظاهرية القائلين بعدم إبطال حق الأم أو من يقوم مقامها من النساء عند عدمها ـ بسفر الأب ولو كان سفره للنقلة واستيطان بلد آخر، إذ لو جاز للأب أو لغيره من الأولياء اسقاط حضانة الأم بالسفر والانتقال، لكان ذلك بابا للأولياء يلجون منه عندما يريدون اسقاط حق النساء فى الحضانة لذلك وجدنا المالكية رغم قولهم بسقوط حضانة الأم بسفر الولى البعيد يشترطون عدم العلم بارادة الضرر بالأم، غير أن ذلك أمر غيبى لا يمكن الاطلاع عليه إذ مرجع ذلك هو نية الأب أو غيره من الأولياء والنيات لا يعلمها إلا الله.

ثم إن أصحاب القول الثانى لم يسقطوا حق الأم فى الحضانة إذا كان السفر قريبا والمسافة التى ذكروها للتفريق بين البعد والقرب رغم اختلافهم فيها فجميعها لا يعد مسافة بعيدة اليوم إذ هذه المسافة وأضعافها يمكن قطعها فى هذه الأيام فى وقت قليل.

ثم إن حق الأم فى الحضانة ثابت بالسنة الصحيحة وهى حديث " أنت أحق به ما لم تنكحى ".

فلا يسقط هذا الحق الثابت بالسنة الصحيحة بأمر محتمل وهو حق الأب فى حفظ نسب الولد وتأديبه، فالأم يمكنها أن تقوم بتأديبه وتعليمه كما أنها مؤتمنة على نسبة فلا ينزع منها بسفر الأب أو الأولياء.

عود الحضانة بالعود من السفر:

إذا عاد الأب من سفر النقلة بالولد إلى محله رجع حق الأم فى حضانته لزوال المانع[1].

٢- سفر المرأة :

إذا سافرت الأم أو من يقوم مقامها ممن لهم الحق فى الحضانة من النساء عند موتها أو سقوط حضانتها، فهل تظل على حقها فى الحضانة أم يسقط ذلك الحق وينزع الولد منها ويدفع إلى من يستحق الحضانة بعدها؟

وللإجابة على ذلك نقول :

إذا كانت المرأة منقضية العدة فلها أن تسافر وتنتقل من بلد إلى آخر وليس للزوج أن يمنعها من ذلك إذ بانقضاء العدة لا سبيل له عليه ولا خلاف فى ذلك.

لكن الفقهاء اختلفوا فى سقوط حضانتها بالسفر على ثلاثة أقوال :

القول الأول: ذهب الحنفية [2]:

إلى أن سفر المرأة على أقسام فإما أن يكون سفرها إلى مصر وأما أن يكون إلى قرية.

الأول: إن كان سفرها إلى مصر فذلك على أوجه:-

---

(١) يراجع مواهب الجليل ٢١٨/٤، قليوبى على شرح المحلى ٩٢/٤، المغنى ٦١٩/٧.

(٢) البدائع ٤٤/٤، ٤٥، البحر الرائق ومعه منحة الخالق ١٨٦/٤، ١٨٧، العناية وفتح القدير على الهداية ٣٧٥/٤، وما بعدها.

١- أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك ولا تسقط حضانتها، لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها فى بلدها، لأن من تزوج امرأة فى بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد فى ذلك البلد، فكان راضيا بالتفريق إلا أنه عند قيام النكاح يلزمها اتباع الزوج، فإذا زال فقد زال المانع.

٢- أن يقع النكاح فى غير بلدها ففى هذه الحالة لا يجوز لها الانتقال بولدها إلى بلدها، فإن انتقلت سقطت حضانتها لأنه إذا لم يقع النكاح فى بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام فى بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.

٣- أن تنتقل إلى بلد ليس ببلدها ولكن وقع النكاح فيه فليس لها ذلك[1]، لأن ذلك ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذى فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذى هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق.

---

(١) ويرى أبو يوسف أن لها ذلك، لأن العبرة بمكان العقد فقط وإليه ذهب الطحاوى والخصاف، البدائع ٤/٤٤، البحر الرائق ٤/١٨٦.

الثانى : أن تسافر به إلى قرية:

إن كان الأب متوطنا فى مصر فإرادت نقل الولد إلى القرية فذلك على وجوه:-

١- إن كان قد تزوجها فيها وهى قريتها كان لها ذلك، كما فى المصر وقد سبق دليله.

٢- وإن لم تكن قريتها وكانت قرية زوجها ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك.

٣- وإن لم يقع فيها أصل النكاح فليس لها ذلك، لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبى بأخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الأب دليل الرضا بهذا الضرر إذ لم يقع أصل النكاح فى القرية.

مما سبق يتبين لنا أن الحنفية يجيزون لها السفر ولا يسقطون حضانتها إذا كان انتقالها إلى مصر هو بلدها وقد وقع النكاح فيه.

كما يجيزون لها ذلك إذا كان انتقالها إلى قرية هى قريتها أو قرية زوجها ما دام قد وقع عقد النكاح فيها ولا يجيزون لها السفر فى غير ذلك فإن سافرت سقطت حضانتها(١).

---

(١) هذا عندهم خاص بالأم فقط، فلو ماتت الأم وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل إلى مصرها بالولد لأنه لم يكن بينهما عقد، لأن العقد على الزوجة فى وطنها دليل الرضا بإقامتها بالولد فيه ولا عقد بينه وبين الجدة، وغير الجدة كالجدة فى هذا. البحر الرائق ١٨٧/٤، حاشية ابن عابدين ٦٤٣/٢.

القول الثانى: وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة[1].

أن سفر الأم البعيد يسقط حقها فى الحضانة، فإذا عزمت على سفر بعيد سواء كان سفر نقلة أو سفر حاجة[2]، فإنه يسقط حقها فى الحضانة فينزع الولد منها وتنتقل حضانته إلى مستحق الحضانة بعدها، وسواء كان انتقالها إلى بلدها أو بلده وسواء كان الطريق مخوفا[3] أو كان أمنا، لأن حفظ نسب الولد مختص بأبيه دون أمه وهو أولى بمصالحه لثبوت التوارث به.

القول الثالث: وذهب إليه الزيدية[4].

إن للأم أن تنقله إلى مقرها أينما كان لأن حقها فى حضانته ثبت نصا بقوله ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكحى " فلا يبطل بسفر ولا غيره إلا بنص، ولم يوجد فيبقى حقها فى الحضانة وإن انتقلت به إلى بلد آخر سيما إذا كان عليها ضرر فى بقائها فى غير مقرها.

---

(١) المدونة ٣٥٨/٢، التاج والإكليل ٢١٧/٤، الحاوى ٥٢٣/١١، قليوبى وعميرة ٩٢/٤، المغنى ٦١٨/٧، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠٧/٣٤.

(٢) سبق أن ذكرنا أن سفر الحاجة يجعل المقيم منهما أحق بالحضانة من المسافر، فإذا كانت المسافرة هى الأم كما فى هذه المسألة فالأب أو من يستحق الحضانة بعده من الأولياء أحق بحضانة الولد . يراجع صـ

(٣) فإذا كان الطرق مخوفا أو البلد الذى تسافر إليه مخوفا فذلك أدعى أن ينزع منها الولد، لأن فى السفر به خطرا به فإذا منع الأب من السفر به لخوف الطريق منعت الأم من باب أولى.

(٤) السيل الجرار ٤٤٠/٢، ٤٤٢،البحر الزخار ٣٨٥/٤.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا الأقوال وما يمكن أن يستدل به لكل منها فإنى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الزيدية من أن لها أن تنقله إلى مقرها أينما كان لا فرق بين أن تنقله إلى بلد أو إلى قرية، أن يكون حدث فيه عقد النكاح أو لم يحدث، ولا ينزع منها الطفل ولا تسقط حضانتها بالسفر والانتقال، لأن حقها فى الحضانة ثابت بالنص فلا يسقط إلا بنص، ولم يأت نص يفيد سقوط حقها فى الحضانة بالسفر فبطل القول به.

ثم إن فى بقائها فى غير مقرها ضرر بها ورفع الضرر عنها واجب لحديث " لا ضرر ولا ضرار"(١).

ولا يرفع عنها الضرر إلا بإباحة السفر لها مع ولدها، وفى نزع الولد منها أشد الضرر، وهو مدفوع، ثم إن الحواضن الأجنبيات فى عهد النبى ﷺ وعهد الصحابة كن ينقلن الأطفال المدفوعين إليهن للرضاع إلى مساكنهن وفى قومهن، ومن جملة من وقع له ذلك رسول الله ﷺ حيث نقلته حليمة عندما استرضعت له إلى دار قومها، وإذا جاز ذلك للأجنبيات مع عدم ثبوت الحق لهن فكيف لا يجوز للأمهات ومن يلتحق بهن مع ثبوت الحق لهن؟

---

(١) الحديث رواه مالك فى الموطأ رقم ١٥٠٠ وابن حجر فى بلوغ المرام بشرح الصنعانى ، سبل السلام ٣/٨٤.

٣- **سفرهما جميعا:**

إذا سافرت الأم والأب بالمحضون فإما أن تكون وجهتهما واحدة أو أن تكون مختلفة.

أ- إن كانت وجهتهما واحدة بأن سافروا جميعا إلى بلد واحد وفى طريق واحد فإن الأم تظل على حقها فى حضانة الطفل ولا ينزع منها، لثبوت حقها فيها بالنص، ولأن المانع من السفر عند من يقولون تمنع من نقله معها هو تعرض الطفل لخطر السفر، وما يلحقه فيه من ضرر ثابت لدى الطرفين فكانت الأم أولى بحضانته بمالها من حق ثابت فيها.

ب- أما إن كانت وجهتها مختلفة طريقا ومقصدا فالأم أيضا أولى بحضانته من الأب[1]، لوجود السفر من كل منهما فليس أحدهما بأولى من الآخر، ولكن لما كان حقها فى الحضانة ثابتا نصا فإنها تكون أولى بالولد لذلك، ما لم يكن طريقها غير مأمون أو فيه إضاعة للولد فيقدم الأب عليها لرفع الضرر الذى يمكن أن يلحق الولد.

---

(١) حاشية المدنى على كنون ٢٦٤/٤، قليوبى على شرح المحلى على منهاج الطالبين ٩٢/٤، المغنى ٦١٨/٧، ٦١٩. الكافى ٣٨٣/٣.

المطلب الثالث

عود الحضانة بالعود من السفر

إذا قلنا برأى المالكية والشافعية والحنابلة بسقوط حق الأم في الحضانة لسفرها أو لسفر الأب البعيد، أو بقول الحنفية " بسقوط حقها إذا كان السفر إلى بلد غير بلدها أو غير البلد الذى تم فيه عقد النكاح، أو لسفرها من المصر إلى القرية فهل يعود حقها فى حضانة الولد؟

اختلف الفقهاء فى ذلك:

فعند المالكية [١]:

إن كان سفرها اختيارا لم يعد إليها حق الحضانة لرضاها بإسقاطها.

أما إن كان سفرها اضطرارا فمتى عادت عاد حقها فى الحضانة لأن السفر فى هذه الحالة لا يدل على رضاها بسقوط الحضانة.

أما الجمهور[٢] ممن يقولون بسقوط الحضانة بالسفر فإنهم يقولون بعودها من السفر أو بعود الأب بالولد يعود إليها حقها فى حضانته لزوال المانع.

---

(١) مواهب الجليل ٢١٨/٤، حاشية المدنى على كنون ٢٦٨/٤.

(٢) حاشية قليوبى على شرح المحلى ٩٢/٤، المغنى ٦١٩/٧، تكملة المجموع للمطيعى ٢٤٠/٢٠.

المطلب الرابع

الاختلاف فى نوع السفر

سبق أن ذكرنا أن المالكية والشافعية والحنابلة يفرقون بين سفر النقلة فيسقطون به حق الأم فى الحضانة وسفر الحاجة فلا يسقطون حقها به إذا كان المسافر هو الأب فما الحكم إذا اختلفا فى نوع السفر فقالت الأم يسافر لحاجة فأنا أحق بالولد، وقال الأب أسافر نقلة فأنا أحق بالولد؟

يرى البعض(1) أن القول للأب بلا يمين لأنه أعرف بنيته، ويرى البعض(2) التفريق بين المأمون وغيره فإن كان الأب مأمونا قبل قوله بلا يمين، وإن كان متهما قبل قوله بيمين، فإن رد عليها اليمين حلفت وأمسكت الولد.

---

(1) ذهب إلى ذلك المالكية فى المذهب والشافعية، يراجع التاج والإكليل ٢١٧/٤، قليوبى ٩٢/٤،الحاوى ٥٢٣/١١.

(2) ذهب إلى ذلك بعض المالكية ، يراجع التاج ٢١٧/٤.

الفصل الثانى

المستحقين للحضانة

إذا افترق الزوجان بالموت أو بالطلاق وبينهما ولد وتنازع أقربائه فى حضانته فلا يخلوا حالهم من ثلاث:

١- أن يكونوا نساء فقط.

٢- أن يكونوا رجالا فقط.

٣- أن يكونوا رجالا ونساء.

ولكل واحد من هذه الثلاثة ما يخصه من أحكام لذا فإننا سنبين هذه الأحكام فى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

انفراد النساء بالحضانة

إذا اجتمع أقرباء المحضون وكن نساء فقط لا رجل معهن وهن ذوات رحم محرم[1] منه وهن يصلحن لحضانته فمن أولاهن بها، وما هى غاية حضانة النساء، هذا ما سنبينه فى هذين المطلبين

المطلب الأول

مراتبهن فى الحضانة

إذا اجتمع النساء وتنازعن فى حضانة صبى فأولاهن بها هى الأم لا يقدم عليها أحد، على هذا أجمع أهل العلم[2].

ودليل ذلك ما يلى:

أ- روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت يا رسول الله إن أبنى هذا كان بطنى له وعاء وثدى له سقاء

---

(١) أما إن كن ذوات رحم غير محرم كبنت العم والعمة وبنت الخال والخالة فلا حضانة لهن، وكذلك إن كن محرمات لكنهن لسن من ذوات الرحم كالمحرمات بالمصاهرة أو الرضاع إذ مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هى المختصة بالشفقة. البدائع ٤١/٤، ابن عابدين ٦٣٣/٢،الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، المدنى على كنون ٢٤٩/٤.

(٢) حكى هذا الإجماع الشوكانى وابن رشد يراجع، المصادر السابقة، المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهونى ٣٥٧/٤، المهذب ١٦٩/٢، التكملة الثانية للمجموع ٢٢٦/٢٠، المغنى ٦١٣/٧، ٦١٤، المحلى ٣٢٣/١٠، السيل الجرار ٤٣٦/٢، نيل الأوطار ٣٢٩/٦، شرح الكنز وحاشية الطائى ١٨٤/١، شرح منتهى الارادات ٢٦٣/٣، فتح القدير ٣٦٧/٤.

وحجري له حواء[1] وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكحي"[2].

دل الحديث على أن الأم أحق بالحضانة، ولو كان المنازع لها هو الأب، حيث قدم حقها على حقه وإذا قدم حقها على حق الأب فإنها تقدم على من دونه من النساء والرجال.

ب- روى عن سعيد بن المسيب أن عمر طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبي بكر فقال له أبو بكر يا عمر مسحها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه"[3].

فهذا أبو بكر يقضي على عمر بأحقية الأم في حضانة ولدها والصحابة يومئذ كثير ولم يوجد منهم من أنكر على أبي بكر، ولم يخالف عمر أيضا فكان ذلك إجماعا منهم على تقديم الأم في الحضانة على غيرها.

٣- إن الأم أقرب إلى الولد وعليه أشفق وهي بتربيته أخبر وعلى التشاغل به أصبر فكانت أولى به من غيرها.

---

(١) الوعاء بفتح الواو، والمد وقد يضم الظرف، والحواء بكسر الحاء والمد اسم لكل شئ يحوى غيره أي يجمعه والسقاء بكسر السين ما يسقى منه، أي يسقى منه اللبن، النظم المستعذب ١٦٩/٢، مختار الصحاح صـ ٧٢٩، نيل الأوطار ٣٢٩/٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

٢- الجدات من جهة الأم:

إذا عدمت الأم أو كانت من غير أهل الحضانة فقد ذهب الجمهور من أهل العلم[١] إلى أن الحق فى حضانة الطفل بعدها ينتقل إلى أمهاتها ــ جدات المحضون لأمه[٢] ، وإن علون ــ تقدم منهن الأقرب فالأقرب بشرط أن يكن من أهل الحضانة[٣].

فإذا كانت أم الأم ــ جدة المحضون ــ من أهل الحضانة قدمت على غيرها، أما إن كانت غير أهل لها انتقل الحق إلى من يليها لأن البعيدة لاحق لها إلا عند عدم أهلية القريبة.

وعلى هذا فتقدم الجدة التى من جهة الأم على الجدة التى من جهة الأب ولا خلاف فى هذا إلا رواية عن الإمام أحمد[٤] حيث قال بتقديم

(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فى المذهب والظاهرية والزيدية، يراجع البدائع ٤١/٤، المبسوط ٢١٠/٥، حاشية الدسوقى ٥٢٧/٢، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، الحاوى الكبير ٥١٢/١١، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٣/١٠، ٣٢٤، البحر الزخار ٢٨٧/٤، الهداية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

(٢) يرى الحنفية والشافعية أن الجدات من قبل أبى الأم يتأخرن أولا حق لهن فى الحضانة لضعف قرابتهن ولا دلائهن بذكر، أما الحنابلة فلا فرق بين أن تدلى بذكر أو بأنثى، المهم أن تكون جدة للمحضون من قبل أمه وكذلك قال المالكية لكن إن اجتمعا قدمت أم أمها على أم أبيها، المصادر السابقة.

(٣) سبق أن بينا شروط استحقاق الحضانة تفصيلا ، غير أن الحنفية والمالكية يسقطون حضانة الجدة إن سكنت مع الأم التى سقطت حضانتها بالزواج أو غيره فى منزل واحد فيشترط لاستحقاق الجدة الحضانة عندهم ــ أن تنفرد بالسكنى عن الأم التى سقطت حضانتها، يراجع البحر الرائق ١٨٣/٤، حاشية الرهونى ٢٥١/٤، حاشية الدسوقى ٥٢٧/٢.

(٤) المغنى ٦٢١/٧، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣.

الجدات من قبل الأب عليهن، إذ إنهن يدلين بعصبة مع مساواتهن للجدات من قبل الأم فى الولادة فكن أولى بالتقديم.

أما دليل الجمهور على تقديم الجدات من جهة الأم مطلقا فهو أن الحضانة ولاية وهى مستفادة من قبل الأم فكل من يدلى بقرابة الأم يكون أولى بها، ثم إن الجدة من جهة الأم تشارك الأم فى الولادة، وهى أكثر شفقة على ولد ابنتها من غيرها فقدمت فى استحقاق الحضانة لذلك.

وأما دليلهم على تقديمهن على الجدات من جهة الأب فهو:

أ- أن الولادة فيهن متحققة وفى أمهات الأب لأجل الأب مظنونة.

ب- أنهن أقوى ميراثا من أمهات الأب لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم.

جـ- أنها تدلى بالأم ـ وهى مقدمة على الأب، فوجب تقديمها كتقديم الأم على الأب.

ويرى الشوكانى[1] أن الخالة تقدم على أم الأم مستدلا بحديث (الخالة أم) فقد جعل الخالة فى الحضانة بمنزلة الأم وقد ثبت بالإجماع أن الأم أقدم الحواضن فمقتضى التشبيه أن تكون الخالة أقدم من غيرها من أمهات الأم ولأن رسول الله ﷺ قاله عند وقوع التخاصم فى الحضانة فدل على أن الخالة مقدمة على غيرها من النساء إذ هى بمنزلة الأم.

(١) السيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا خلاف الشوكانى لجمهور أهل العلم حيث قدم الخالة على الجدات من قبل الأم مطلقا بحديث (الخالة أم ـ وفى رواية فإن الخالة والدة) فإنى أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدة التى من جهة الأم على الخالة لأن الجدة ـ أم الأم ـ أقرب إلى المحضون من الخالة، فقدمت عليها، وأما حديث الخالة أم فيحتمل أن يكون المراد به أنها أم، أو كالأم عند عدم وجود أم الأم أو عدم وجود المنازع لها فى الحضانة، ودليل ذلك أن أكثر الروايات التى ورد فيها هذا التشبيه جاءت فى قصة ابنة حمزة وتنازع على وجعفر وزيد فيها مما يدل على أن الجدة للأم كانت معدومة.

أو يقال أن هذا التشبيه غير مراد الظاهر، لأن ظاهر الحديث يوحى بان الخالة أولى من الأب ومن أم الأم، لأن الأم أولى منهما، لكن قيل أن الأب أقدم من الخالة بالإجماع(1) وإذا ترك العمل بظاهر الحديث فى حق الأب ترك العمل بظاهره فى حق أم الأم.

كما أنى أميل إلى ترجيح رأى الجمهور بتقديم الجدات من قبل الأم على الجدات من قبل الأب لما ذكروه من أدلة، ولانهن يقمسن مقام الأم فى ذلك لمشاركتهن للأم فى الولادة، ولما كانت الأم مقدمة فى الحضانة على الأب كان من يدلى بها مقدم على من يدلى بالأب.

---

(1) حكى هذا الإجماع الصنعانى فى سبل السلام ٣/٢٢٩، كما ذكره الشوكانى فى نيل الأوطار ٦/٣٢٨، لكنه نازع فى حدوثه وحكى الخلاف فى ذلك عن الاصطخرى الشافعى.

ولأن أبا بكر الصديق ﷺ قضى بعاصم بن عمر لجدته أم أمه[1] وقد كان المنازع لها هو عمر بن الخطاب وهو أب الصبى وكان ذلك فى محضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، وإذا قضى به للجدة من جهة الأم والمنازع لها هو الأب فأولى أن يقضى لها بحضانة الطفل عند منازعة غيره.

٣- الجدات من جهة الأب :

إذا عدمت الجدات من جهة الأم أو كن من غير أهل للحضانة فمن يقدم بعدهن من النساء فى حضانة الطفل؟ الجدات من جهة الأب أو الخالات أو الأخوات؟ وللإجابة على ذلك نقول اختلف الفقهاء فيمن يقدم من النساء فى حضانة الطفل وحاصل خلافهم كالآتى:-

أ- ذهب المالكية والزيدية[2] إلى تقديم الخالات سواء كن شقيقات أو لأم أو لأب[3] على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات[4].

(١) روى مالك عن القاسم بن محمد قال كان عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ثم إنه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابنى وقالت المرأة ابنى فقال أبو بكر خل بينها وبينه قال فما راجعه عمر. الموطأ بشرح الزرقانى ٢/٧٢، ٧٣، نصب الراية ٣/٢٦٦، ٢٦٧.

(٢) يراجع المدونة الكبرى ٢/٣٥٨، الفواكه الدوانى ٢/١٠٢، السيل الجرار ٢/٤٣٦.

(٣) ويراد بهن خالات المحضون ــ أخوات أمه ــ وعند عدمهن يقوم مقامهن خالات أم المحضون، وتقدم الشقيقة على التى للأم وتقدم التى للأم على التى للأب ، المصادر السابقة.

(٤) وعند عدم الخالات تقدم الجدات من جهة الأب على الأخوات.

وقد ذهب إلى تقديم الخالات على الجدات من جهة الأب الشافعى فى القديم وأحمد فى رواية وهو قول زفر من الحنفية[1].

واستدلوا لتقديم الخالات على الجدات من جهة الأب بما يلى:

١- روى عن النبى ﷺ أنه قضى ببنت حمزة لخالتها وقال " إنما الخالة أم " [2] فقد دل الحديث على أن الخالة أم أو بمنزلة الأم، فتقدم على غيرها ممن تتقدم عليهن الأم ولا شك أن الأم تقدم على الجدات فقدمت الخالة عليهن.

وقد بالغ قوم فى العمل بهذا التشبيه حتى إن الشوكانى[3] جعل الخالة مع الأب كالأم معه يثبت بينهما التخيير للصبى والاستهام عليه.

٢- إن الخالة تدلى بالأم، والجدة من جهة الأب تدلى بالأب، والأم مقدمة فى الحضانة على الأب فكذلك يقدم من يدلى بها على من يدلى به.

وكذلك الأخت الشقيقة أو لأم تدلى بقرابة الأم واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم فقد من على الجدات من جهة الأب.

ب - وذهب الحنفية والشافعية فى الجديد والحنابلة فى المذهب[4] إلى تقديم الجدات من جهة الأب على الخالة وعلى الأخوات.

---

(١) إلا أنهم يقدمون الأخوات على الخالات كما سيأتى فتكون الجدات من جهة الأب بعد الأخوات وبعد الخالات، يراجع المهذب ١٦٩/٢، المغنى ٦٢٠/٧، المبسوط ٢١٠/٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) السيل الجرار ٤٣٨/٢.

(٤) البدائع ٤١/٤، البحر الرائق ١٨٢/٤، الحاوى ٥١٣/١١ ، ٥١٤، المغنى ٦٢٠/٧،المبسوط ٢١٠/٥،الهداية مع فتح القدير ٣٦٩/٤.

وعلى هذا فإن حضانة الطفل عند عدم الجدات لأم، لجدته من جهة أبيه ـ أم الأب ـ ثم لأمهاتها وإن علون، ثم تنتقل إلى أم الجد ثم أمهاتها وإن علون[1].

وقد استدلوا لذلك بما يلى:

١- إن أم الأب جدة وارثة ـ إذ يثبت ميراثها مع الأبناء والخالة لا ميراث لها فقدمت الجدة عليها.

٢- إن أم الأب لها ولادة ووراثة فأشبهت الجدة للأم وهى مقدمة على الخالة فكذا هذه.

٣- إنها أشفق على المحضون منهن باعتبار الولاد فقدمت عليهن.

٤- إن الجدة أم فى نفسها كأم الأم، والأم مقدمة على غيرها فى الحضانة.

<u>الترجيح:</u>

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أميل إلى ترجيح القول الثانى القائل بتقديم الجدات من جهة الأب على الخالات وعلى الأخوات لما استدلوا به ولما يلى:-

١- الحديث الذى استدل به الفريق الأول لا يفيد مدعاهم لأنه يدل على أن للخالة حقا فى الجملة وليس النزاع فيه إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع وبيان ذلك.

---

(١) وإنما قدمت أم الأب لمباشرتها لولادته ثم تقدم أمهاتها وإن علون، على أم الجد لتقديم الأب على الجد فكان المدلى بالأب أحق من المدلى بالجد ـ الحاوى ٥١٣/١١.

أن قوله ﷺ الخالة أم يحتمل كونه فى ثبوت الحضانة أو غيره إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أعم من كونه فى ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق بالولد من كل من سواها، ولا دلالة على الثانى والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بكونها أحق من أحد بخصوصه أصلا ممن له حق فى الحضانة، فإذا لم يدل الحديث على أنها أحق من غيرها كان دالا على أن لها حق فى الحضانة كغيرها فلم يثبت به مدعاهم.

٢- أما قولهم إن الخالة تدلى بالأم فيجاب عنه بأنه لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهى أولى ممن هو من غير عمودى النسب بكل حال وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوارثة.

٣- <u>الأخوات:</u>

إذا قلنا بترجيح ما ذهب إليه الجمهور من تقديم الجدات من جهة الأب على الأخوات والخالات، فعدمت الجدات وتنازع الخالات والأخوات فى حضانة الصبى فأيهن يقدم؟

اتفق أصحاب هذا القول على تقديم الأخت الشقيقة والأخت لأم على الخالات[1].

<u>ودليلهم على ذلك:</u>

١- أن الأخوات ـ الشقيقات أو لأم ـ راكضن المحضون فى الرحم وشاركنه فى النسب.

---

(١) وتقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأم لأنها تدلى بقرابتين ، يراجع البدائع ٤١/٤، البحر الرائق ١٨٢/٤، الحاوى ٥١٤/١١، المغنى ٦٢١/٧.

٢- ثم إنهن قدمن على الخالات فى الميراث فقد من فى الحضانة.

٣- ولأن الخالات يدلين إلى المحضون بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذى فرض أو عصبة فكان المدلى إلى نفس المحضون ويرثه كالأخوات أقرب وأشفق فكان أولى بالتقديم.

وبعد أن اتفق العلماء على ذلك اختلفوا فى تقديم الأخت لأب على الخالات، حيث ذهب الشافعية والحنابلة وهو رواية عن أبى حنيفة[(١)] إلى تقديم الأخت لأب كالشقيقة والتى لسلأم ، وذلك لأن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد فكانت الأخت أقرب فكانت أولى.

وذهب أبى حنيفة فى الرواية الأخرى وهى قول محمد وزفر وبها قال ابن سريح[(٢)].

إلى تقديم الخالة على الأخت لأب، لأنها تدلى إلى المحضون بالأم أما الأخت لأب فتدلى بالأب فيقدم من يدلى بالأم على من يدلى بالأب.

الترجيح:

والذى أراه راجحاً هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وأبو حنيفة فى الرواية الأولى من القول بتقديم الأخت لأب على الخالة لما ذكروه من

---

(١) غير أن الحنفية وابن سريج والمزنى يقدمون الأخت للأم على الأخت للأب لأن المدلى بالأم أحق من المدلى بالأب، والشافعية والحنابلة يقدمون الأخت للأب على الأخت لسلأم إذ هى أقوى منها فهى تقوم فى الميراث مقام الأخت الشقيقة إذا عدمت فكذا فى الحضانة ، تراجع المصادر السابقة .

(٢) البدائع ٤/٤١،الحاوى ١١/٥١٤، المغنى ٧/٦٢١.

أدلة، ولوفور الشفقة إذ شفقة الأخت على أختها أو أخيها، ولو كانت من أبيها أكثر من شفقة الخالة على ابن أو بنت أختها، والاعتبار فى التقدم فى باب الحضانة هو توفر شفقة الحاضن على المحضون.

٤- **الخالات:**

مما سبق يتبين لنا أن بعض الفقهاء كالمالكية والزيدية يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب وعلى الأخوات، إلا أن الجمهور يجعلونهن فى حضانة الصبى بعد مرتبة الجدات من جهة الأب وبعد الأخوات سواء كن شقيقات أو لأم اتفاقا أو كن أخوات لأب كما هو الراجح.

وعلى هذا :-

فإذا عدم الأخوات أو كن غير مستحقات للحضانة لفقد أحد الشروط انتقل الحق فى حضانة الطفل إلى الخالات وتقدم الخالة الشقيقة ثم التى للأب ثم التى للأم(١).

ويقدمن على العمات اتفاقا (٢).

---

(١) وعلى قول المزنى وابن سريج والحنفية تقدم التى للأم على التى للأب ، يراجع الحاوى ٥١٤/١١، المغنى ٦٢٢/٧، البدائع ٤٢/٤.

(٢) أما عند المالكية فلأنهن يقدمن على الجدات من جهة الأب، وعلى الأخوات فمن باب أولى يقدمن على العمات وأما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فلأنهن وإن استوين مع العمات فى الدرجة إلا أنهن يدلين إلى المحضون بالأم، وهى أولى بالحضانة من الأب فكذا من يدلى بها، يراجع البدائع ٤٢/٤، الدسوقى والشرح الكبير ٢٥٧/٢، الحاوى ٥١٤/١١، الكافى لابن قدامة ٣٨٢/٣.

العمات :

إذا عدم الخالات أو سقط حقهن فى الحضانة انتقل الحق بعدهـــن إلى العمات لادلائهن بأخوة الأب كإدلاء الخالات بأخوة الأم[١].

فتقدم العمة للأب والأم ثم العمة للأب ثم العمة للأم ، وقيل تقـــدم التى للأم على التى للأب كما سبق فى الخالات والأخوات.

---

(١) تراجع المصادر السابقة نفس الصفحات.

المطلب الثاني

غاية حضانة المرأة

إذا قلنا بأن للنساء[1] حق في حضانة الطفل فهل لذلك غاية ينتهي إليها أم لا؟

ولبيان ذلك كان لابد من التفريق بين ما إذا كان المحضون ذكراً أو أنثى لاختلاف الحكم المترتب على ذلك عند بعض الفقهاء .

أولاً: إذا كان المحضون ذكراً:

إذا كانت الحضانة للنساء والمحضون ذكراً فقد اختلف الفقهاء في وقت انتهاء حضانتهن له على أربعة أقوال:

القول الأول:

يرى أصحابه أن الغلام إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء بأن أكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فإن الأب أو من يقوم مقامه من الأولياء أولى به فينزع من الحاضنة له ــ أما أو غيرها ــ ويدفع إلى الأب ــ أو من يقوم مقامه ــ من غير تخيير للغلام.

---

(١) هذا إذا نازعهن فيها أحد ممن يستحقون الحضانة، أما عند عدم المنازعة فإن حضانتهن تستمر إلى أن يبلغ الغلام وتتزوج الأنثى، خلافاً للحنفية القائلين أن الأب أو الوصي يجبر على أخذ الولد من أمه، أو من تحضنه من النساء عند استغنائه لأنه أقدر على تأديبه وتعليمه. يراجع حاشية ابن عابدين ٢/٦٤٠، فتح القدير ٤/٣٦٨.

وقدر واحد الاستغناء بسبع سنين[١] ذهب إلى ذلك الحنفية[٢] والهادوية[٣] ورواية عن أحمد [٤].

ودليلهم على ذلك ما يلى:

أ- ما روى أن أبا بكر الصديق قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب أو تتزوج أمه.

فقد جعل حضانته لأمه إلى أن يشب فدل على أنه بعد أن يشب لا حضانة لها، وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فكان ذلك إجماعاً على سقوط حضانة الأم عند بلوغ الغلام حد الاستغناء.

ب - إن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغ سبع بحديث " مروا أولادكم بالصلاة لسبع"[٥] وذلك لا يكون إلا إذا كان الولد عند الأب.

جـ - إن الغلام إذا استغنى عن أمه احتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر، مع

---

(١) تقديره بسبع هو عين تقديره بأن يأكل ويلبس ويستنجى وحده إذ لا فرق، لأنه إذا بلغ سبع أمكنه فعل هذه الأشياء بنفسه ألا ترى إلى ما يروى عن النبى ﷺ أنه قال " مروا أولادكم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً" والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة، فإن اختلفا فى بلوغه السبع نظر فإن كان يأكل وحده دفع إلى أبيه وإلا فلا من غير أن يحلف واحداً منهما، لأن اليمين للنكول ولا يملك أحدهما إبطال حق الولد فى كونه مع أمه قبل السبع ومع أبيه بعدها، انظر: ابن عابدين ٢/٦٤٠، البحر الرائق ٤/١٨٤.

(٢) المبسوط ٥/٢٠٧، البدائع ٤/٤٢.

(٣) سبل السلام ٣/٢٢٨.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤/١١٢، نيل الأوطار ٦/٣٣١.

(٥) أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح ـ السنن للترمذى ١/٤١٦، السنن لابى داود ١/١٣٠.

أنه لو ترك فى يد الأم إلى وقت البلوغ لتخلق بـــأخلاق النســاء وتعلــم آدابهن وفى ذلك ضرر عليه، فكان الأب بحضانته أولى .

د- عموم حديث " أنت أحق به ما لم تنكحى" فهو يدل على عـــدم التخيير إذ لو كان الاختيار إلى الصغير ما كانت أحق به.

القول الثانى :

إن الذكر لا يخير ويترك فى حضانة الأم [١] إلى البلـــوغ[٢]، فإذا بلغ ارتفعت عنه الحضانة فيذهب حيث يشاء.

ذهب إلى ذلك المالكية وأحمد فى رواية [٣] وهو قول ابن حزم[٤].

ودليلهم على ذلك:

١- " حديث أنت أحق به ما لم تنكحى" فلو كان التخيير إلى الصبى ما كانت أحق به ما لم تنكح.

٢- إن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدى إلى فساده.

(١) فإذا كان الغلام فى حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف لابيه يعلمه ويأوى لأمه، بمعنى أنـــه لا يبيت إلا عند أمه، وإنما لم يمنع من الاختلاف لأبيه لأن للأب تعليمه وتأديبه وإســلامه، فــى المكتب والصنائع ، التاج والإكليل ٢١٥/٤.

(٢) والمعتبر فى بلوغه هو السن أو الاحتلام والانبات، كما لا يشترط لرفع الحضانة عنه أن يبلغ رشيداً عاقلاً قادراً على الكسب فى المشهور وقيل يشترط، حاشية الدسوقى ٥٢٦/٢.

(٣) الفواكه الدوانى ١٠١/٢، حاشية الرهونى على شرح الزرقـــانى ٢٥٧/٤، ٢٥٨ ، المدونــة ٣٥٦/٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤.

(٤) المحلى ٣٢٣/١٠، ٣٣١.

٣- إن من لم يبلغ سن السبع لا يخير إذ لا قول له فكذا من فوق السبع لا يخير إذ لا قول له أيضاً لأنه لم يبلغ بعد.

القول الثالث:

ذهب الشافعية وأحمد فى المشهور والزيدية وبه قال شريح وإسحاق[١]. إذا بلغ الذكر حد الاستغناء [٢] عن النساء خير، فيكون مع من اختاره منهما[٣] لكن لا يجبر عليها وإن اختاره، فإن اختار الأم فامتنعت انتقل الحق إلى من بعدها وإن اختار الأب فامتنع انتقل الحق إلى من بعده وإن امتنعا معاً انتقل الاختيار لمن بعدهما إن كان وإلا أجبر

(١) الحاوى ٤٩٨/١١، وما بعدها، المهذب ١٧١/٢، فتاوى ابن تيمية ١١٣/٣٤، الكافى لابن قدامة ٣٨٥/٣، ٣٨٦، السيل الجرار ٤٣٧/٢، نيل الأوطار ٣٣١/٦، الأم للشافعى ٩٢/٥، مختصر المزنى ص ٢٣٤.

(٢) وقد رو ذلك بسبع سنين أو ثمان لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، المغنى ٦١٤/٧.

(٣) فإن اختارهما معا أقرع بينهما لتعذر اجتماعهما على كفالته ولا مزية لأحدهما على الآخر فكان التقديم بالقرعة لحديث استهما عليه، كما يقرع بينهما إن تردد فى الاختيار حتى لا يترك وحده فيضيع، فإن اختار الأم لم يمنع الأب من تعاهد وتعليمه إن كان ذكراً لكن يبيت عند أمه، وإن اختار الأب لا تمنع الأم من زيارته حتى لا يعود على العقوق وقطيعة الرحم، وإن مرض كانت الأم أحق به، وإن كان أنثى فإنها تكون عند من اختارت لبلاً ونهاراً ولا يمنع الآخر من رؤيتها المهذب ١٧١/٢، ١٧٢، المغنى ٦١٥/٧، وما بعدها ، السيل الجرار ٤٣٧/٢، ٤٣٨.

الحاكم من تلزمه نفقته[1] لا فرق فى ذلك بين الأبوين وغيرهما ممن يستحقون الحضانة [2].

ودليلهم على ذلك:

أ- روى عن أبى هريرة أن النبى ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه[3].

وفى رواية أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن زوجى يريد أن يذهب بأبنى وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى فقال: رسول الله ﷺ استهما عليه فقال زوجها من يحاقنى فى ولدى فقال النبى ﷺ هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به[4].

ففى الحديث دليل على أن الأبوين إذا تنازعا فى ابن لهما كان الواجب هو تخييره فمن اختاره ذهب به.

ب- إن التخيير إجماع للصحابة فقد روى عن عمر أنه خير غلاماً بين أبويه [5] كما روى أن علياً خير عمارة الجذامى بين أمه وعمه ثم قال لأخ له صغير وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته وقال عمارة كنت ابن سبع أو ثمان سنين[6] وهذه قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر.

---

(١) حاشية قليوبى ٩١/٤.

(٢) فإن عدم الأب أو كان من غير أهل الحضانة كان الخيار بين الأم والعصبة، وإن عدمت الأم كان الخيار بين الأب ومن يستحق الحضانة بعدها، الحاوى ٥٢١/١١، المغنى ٥١٦/٧.

(٣) السنن لابى داود ٢٩٢/٢، السنن الكبرى للبيهقى ٣/٨.

(٤) رواه أبو داود فى السنن ٢٩٢/٢، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٥) السنن الكبرى ٤/٨ ، المصنف ١٥٦/٧، نصب الراية ٢٦٩/٣.

(٦) يراجع الأم للشافعى ٩٢/٥، السنن الكبرى ٤/٨، المصنف ١٥٧/٧.

فإذا ثبت التخيير عن عمر وعلى بمحضر من الصحابة من غير أن ينكر ذلك أحد كان هذا إجماعاً من الصحابة على تخيير الغلام ببلوغه حد الاستغناء، وسواء كان المنازع للأم هو الأب أو غيره من العصبة، كما فعل على مع أم عمارة وعمه.

جـ- إن النبى ﷺ قال: مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فقد خالف فى حكمه ما بين قبل السبع وما بعدها فوجب أن يكون حكمه فى الحضانة بعد السبع مخالفاً لحكمه قبلها ولا وجه للمخالفة إلا بالتخيير.

د- إن الأم قدمت فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره.

هـ- إن المقصود من الحضانة هو طلب الحظ للولد ومع ظهور تمييزه يكون أعرف بحظه فوجب أن يرجع إلى خياره لأنه عرف من برهما ما يدعوه إلى أن يختار أبرهما به.

وأعلم أن الذى يخير هو من كان مميزاً عاقلاً عقل مثله ليدرك حظ نفسه فى الاختيار، أما المجنون الذى لا يميز بين منافعه ومضاره فلا يخير ويكون مع أمه كحاله فى زمان الصغر(١).

---

(١) يراجع الحاوى ٥٠١/١١.

الترجيح:

بعد أن ذكرنا أقوال الفقهاء وأدلتهم فإنني أرى أن القول الثالث القائل بتخيير الصبى إذا بلغ حد الاستغناء عن النساء هو الأقوى دليلا لما يلى:

١- صحة حديث التخيير الذى استدلوا به وهو نص فى محل الخلاف، وإذا صح قدم على الرأى إذ لا مجال للرأى عند وجود النص.

٢- فإن قيل إنه معارض بحديث (أنت أحق به ما لم تنكى) فيجاب عنه بوجهين :

أ- إن حديث ـ أنت أحق به الخ إن كان عاماً فى الأزمنة أو مطلقاً فيها فحديث التخيير يخصصه أو يقيده وبهذا يجمع بين الدليلين.

ب- أو يقال المراد بكونها أحق به فيما قبل السن التى يخير فيها لا فيما بعدها بقرينة حديث التخيير.

٢- ثبوت التخيير عن عمر وعلى وأبى هريرة وهى قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر فصار ذلك إجماعاً فلا تجوز مخالفته.

٣- قول الحنفية إن الأب أدرى بمصالح المعاش وما فيه منفعة الصبى فى حاله ومآله مردود بأن ذلك ممكن مع كون الصبى مع أمه وفى حضانتها، لأن تخييره بين الأبوين لا يمنع الآخر من تأديبه وتعليمه وتقويمه.

٤- قولهم إنه لا حكم لقوله فيجاب، بأن لا حكم لقوله فى الحقوق الواجبة كالإقرار والشهادة، لكن يحكم بقوله فى المصالح وفى الآذان

وقبول الهبة، وقد أمر رسول الله ﷺ عمرو بن سلمة أن يصلى بقومه وهو ابن تسع سنين فتبعه الرجال فى الصلاة[1] فلو لم يكن لقوله حكم ما جاز اتباعه، فكان تخييره فى حق نفسه أولى .

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا أن حجة أصحاب القول الثالث هى الأقوى إلا أننى أرى أن الأولى بالعمل هو أن يقال ـ التخيير لا يكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولدـ فلو كانت الأم أصون من الأب أو أغير منه قدمت عليه ولا التفات إلى اختيار الصبى فى هذه الحالة فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك لا التفات إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له، ولا تحتمل الشريعة غير هذا خاصة إذا قلنا أن حديث التخيير واقعة عين لا عموم فيها، والله يقول: ﴿ **قوا أنفسكم وأهليكم نارا** ﴾[2] والنبى ﷺ قال " مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر".

فإذا كانت الأم تتركه فى المكتب أو تعلمه القرآن والصبى يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه وأبوه يمكنه من ذلك فإنها أحق به من غير تخيير وكذلك العكس ومما يؤيد ذلك ـ أن حديث التخيير ورد فى بعض طرقه أن النبى ﷺ دعا لذلك الغلام فقال اللهم سدده، فببركة دعاء الرسول ﷺ اختار ما هو أنفع له.

---

(١) رواه أبو داود ١/١٥٧.

(٢) بعض الآية ٦ من سورة التحريم.

٢- إذا كان المحضون أنثى:

كما اختلف الفقهاء في وقت حضانة النساء بالنسبة للذكر اختلفوا في وقت حضانتهن بالنسبة للأنثى وحاصل خلافهم يتمثل في خمسة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية [١]:

إلى التفريق بين ما إذا كان النزاع بين الأب والأم والجدة أو بينه وبين غيرهما من النساء[٢].

فإذا كان النزاع بين الأب والأم أو الجدة فهي على حقها في حضانتها حتى تحيض[٣]. أو تبلغ حد الشهوة[٤] على المفتى به أو تزوج[٥] فإن زوجت أو بلغت حد الشهوة ولو لم تحض سقطت حضانتها، وتسلم إلى أبيها من غير تخيير في غير المزوجة حيث تستقل بنفسها،

---

(١) المبسوط ٥/٢٠٨، ٢٠٨، البدائع ٤/٤٢، ٤٣ ، رد المحتار ٢/٦٤١، ٦٤٢، البحر الرائق ٤/١٨٤، ١٨٥.

(٢) هذا هو ظاهر الرواية ، وعند محمد وهو المفتي به أن الأم والجدة كغيرهن تترك الأنثى في حضانتهن إلى أن تشتهى فقط ــ ابن عابدين ٢/٦٤٠.

(٣) ولو اختلفا في حيضها فالقول للأم لأنه يدعى سقوط حقها وهي تنكر والقول للمنكر في الشرع وقيل ينبغي أن ينظر إلى سنها فإن بلغت سناً تحيض فيه الأنثى غالباً فالقول له وإلا فلها، رد المحتار ٢/٦٤٠،البحر الرائق ٤/١٨٥.

(٤) اتفقوا على أن بنت احدى عشر مشتهاة وقيل بنت تسع فصاعداً مشتهاة اتفاقاً والأصح أن ذلك ليس له حد مقدر لأنه يختلف باختلاف حال المرأة ، البحر الرائق ٤/١٨٤، رد المحتار ٢/٦٤٠.

(٥) هذا إذا زوجت بعد أن صلحت للرجال أما إن زوجت قبل أن تبلغ ولم تصلح للرجال بعد لم تسقط حضانتها إلا في رواية عن أبي يوسف إذا كان الزوج يستأنس بها. البحر الرائق ٤/١٨٤، رد المختار ٢/٦٤١.

إلى أبيها من غير تخيير فى غير المزوجة حيث تستقل بنفسها، وإنما فرقوا بينها وبن الذكر فى هذا وكان القياس أن تترك عند الأم إلى البلوغ كما فى الغلام، لأن الحضانة نوع ولاية ولأنها تثبت للأم فلا تنتهى إلا بالبلوغ كولاية الأب فى المال، فإذا استغنيا يكون الأب أحق بهما إلا أن الحنفية تركوا القياس فى الغلام بإجماع الصحابة فبقى الحكم فى الأنثى على أصل القياس.

ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال والأب على ذلك أقوم وأقدر، وهذا المعنى ليس موجوداً فى الأنثى فتترك فى يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك فى يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا إذا كانت عند الأم، ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحماً على وضم فلابد ممن يذب عنها، والرجال على ذلك أقدر ثم إنها إذا بلغت تحتاج إلى التزويج وولاية ذلك إلى الأب.

كما أنها تصير عرضة للفتنة وتكون مطمعاً للرجال، وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك.

أما إن كان المنازع للأب غير الأم والجدة من ذوات الرحم المحرم من النساء كالأخوات والعمات والخالات، بأن كانت الأنثى فى حضانتهن فالحكم فى الأنثى هو الحكم فى الذكر، وهو أن تترك فى أيديهن إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى

الأب، لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النســـاء لكن فى تأديبها استخدامها، وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات مـن الأخوات والخالات والعمات فلا يحصل المقصود من الحضانــــة وهــى تعليمها وتخليقها بأخلاق النســاء بخــلاف الأم والجــدة فيقــدرن علــى استخدامها شرعا.

وإذا ثبت أن غير الأم والجدة لا يقدرن على استخدامها لــم يكــن هناك ما يدعوا إلى بقاء حضانتهن بعد أن تبلغ حد الاستغناء فتسلم إلـــى الأب احترازا عن الوقوع فى المعصية.

القول الثانى :

وإليه ذهب المالكية وأحمد فى رواية وهو قول الليث بن ســـعد[1] أن الأنثى تترك فى حضانة أمها حتى تبلغ النكاح فإذا بلغت مبلغ النكــاح وكانت الأم[2] فى حرز وتحصين ومنعة فهى على حضانتها حتى تنكح[3] وإن بلغت ابنتها ثلاثين أو أربعين سنة ما دامت بكرا.

فإن خيف على البنت فى موضع الأم، ولم تكن الأم فى تحصيــــن ولا منعة أو تكون الأم غير مرضية فى نفسها ضمت البنت إلى أبيــها أو

(١) حاشية الرهونى على شرح الزرقانى ٤/٢٥٧، ٢٥٨، الفواكه الدوانى ٢/١٠١ ، المدونــة الكبرى ٢/٣٥٦، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤/١١٣.

(٢) يلاحظ أن غير الأم من الجدات والعمات والخالات يقمن مقام الأم عنـــد فقدهــا أو ســقوط حضانتها، يراجع المدونة ٢/٣٥٧، حاشية الرهونى على الزرقانى ٤/٣٥٨.

(٣) فإن تزوجت بعد البلوغ تسقط حضانة الأم ولا تعود إليها وإن طلقت البنت، أما إن زوجــت قبل البلوغ فتسقط حضانتها أيضا لكنها تعود بطلاق البنت. مواهب الجليل ٤/٢١٤.

غيره من الأولياء عند فقده إذا كان فى الموضع الذى تضـــم إليـه كفاية وحرزا.

ودليلهم :

أن للأم حق فى الحضانة بقوله ﷺ " أنت أحق به ما لـم تنكحـى" فإن كانت فى حرز وتحصين ولا يخش على البنت عندها فهى على حقها لاينزع عنها، لأن النبى ﷺ جعل لها الحق دون غيرها من غير أن يحـد ذلك بوقت ولم يسقط عنها هذا الحق إلا إذا نكحت، فما لم تنكح تظل على حقها فى حضانة بنتها أبدا إلى أن تزوج، أما إن كانت فى غير حـرز أو تحصين أو كانت هى غير مرضية نزعت البنت منها وتدفع إلى ابنتـــها لان فى بقاء البنت عندها بعد بلوغها والحال هذا ضرر عليها والضـــرر مدفوع إذ لا ضرر ولا ضرار.

القول الثالث:

وذهب إليه الشافعية والزيدية[1].

أن الأنثى إذا بلغت حد الاستغناء عن الأم فإنها تخير بين أبويـــها فتكون مع من تختاره منهما[2].

---

(١) الحاوى الكبير ٤٩٨/١١، وما بعدها ، المهذب١٧١/٢، قليوبى٩١/٤،السيل الجرار ٤٣٧/٢.

(٢) الأنثى كالذكر فى جميع الأحكام، فحد الاستغناء هو سبع أو ثمان، وأنـــها إذا تـــرددت فـــى الاختيار أو اختارتهما معا فإنه يقرع بينهما، وأنه لا فرق بين أن يكون التنازع بين الأبوين أو بين غيرهما فإن لم يكن أب يكون التخيير بين الأم والمستحق للحضانة بعده من العصبة، وإن لم تكن أم كان التخيير بين الأب أو غيره من العصبة وبين الجدة أو مستحق الحضانة غيرهـا من النساء، كما أن الحضانة لا يجبر عليها واحد منهما وإن اختاره الصبى فلو اختارت البنت أحدهما فامتنع انتقل الحق إلى من يليه ولا يجبر على قبولها، انظر قول الشافعية فى تخيـــير الغلام صـــ.

وأدلتهم على ذلك هى نفس الأدلة التى ذكروها فى تخيير الغلام فلا حاجة إلى إعادتها.

القول الرابع:

وذهب إليه الحنابلة فى ظاهر المذهب(١).

أن الأنثى تترك فى حضانة الأم إلى أن تبلغ سبع سنين ثم تنتقل حضانتها إلى أبيها ولا تخير.

أ- أما دليل عدم تخييرها فهو أن الشرع لم يرد به فيها، ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إلى ذلك فروعى جانبها فى ذلك.

ب- أما دليل ضمها إلى أبيها ونزعها من حضانة أمها فهو:-

١- أن الغرض بالحضانة الحفظ والحفظ للبنت بعد السبع فى الكون عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها.

٢- أن البنت إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج بدليل تزوج النبى ﷺ عائشة وهى ابنة سبع(٢) وإنما تخطب البنت من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغى أن يقدم على غيره.

---

(١) فتاوى ابن تيمية ١١٤/٣٤، الكافى لابن قدامة ٣٨٦/٣، المغنى ٦١٦/٧، ٦١٧.

(٢) البداية والنهاية لابن كثير ١٥٧/٢، السنن لابن ماجة ٦٠٤/١، السنن لابى داود ٢٨٥/٤.

القول الخامس: وذهب إليه ابن حزم [1]:

أن الأم على حقها فى حضانة الأنثى إلى أن تبلغ المحيض فإذا بلغت المحيض فهى أملك بنفسها وتسكن حيث أحبت إذا أمنت من الوقوع فى معصية وإلا كان للأب أو غيره من العصبة أو الحاكم منعها من ذلك وأن يسكناها حيث يشرفان على أمورها.

الرأى المختار:

بعد أن ذكرنا الآراء والأدلة فإننى أرى أنه لا يسلم منها قول من نقد وجه إليه فلا أستطيع أن أرجح منها رأى بإطلاقه على آخر وبيان ذلك:

أولا:

ما ذهب إليه ابن حزم من أنها إذا بلغت المحيض ترفع عنها الحضانة، ولها أن تسكن بمفردها وتستقل عنهما لا يمكن العمل به خاصة مع فساد الزمان، فالأنثى ولو كانت كبيرة عاقلة رشيدة تحتاج إلى الحفظ والستر ولذا نهيت عن السفر إلا مع زوج أو محرم لحاجتها فى حفظها إلى الرجال ـ وهذا مع كبرها ـ فكيف بها إذا كانت صغيرة مميزة وبلغت سن فوران الشهوة فيها وهى قابلة للانخداع.

لذلك نجده يقول إن خيف عليها كان للأب أو الحاكم أو الجيران منعها من ذلك، فإذا لم تكن لهم ولاية عليها فكيف يحق لهم أن يمنعوها، لذلك فإننى أرى وجوب بقاء الحضانة عليها وعدم استقلالها ولو بلغت.

ثانيا:

(١) المحلى ١٠/٣٢٣، ٣٣١.

القول بتخييرها أيضا قول معيب، لأنها إذا خيرت فكانت عند الأم تارة وعند الأب تارة أفضى ذلك إلى كثرة بروزها وتبرجها وانتقالها من مكان إلى مكان، ولا يبقى الأب موكلا بحفظها ولا الأم لأن العادة أن ما يتناوب الناس على حفظه يضيع.

ثم إن اختيار أحدهما يضعف رغبة الآخر فى الاحسان والصيانة فلا يبقى الأب تام الرغبة ولا الأم تامة الرغبة فى حفظها، ثم إن ترددها بين الأبوين يجعلها لا يجتمع قلبها على مكان معين ولا يجتمع قلب أحد الأبوين على حفظها، ثم إن تمكينها من اختيار هذا تارة وهذا تارة يخل بكمال حفظها ويكون زريعة إلى ظهورها وبروزها فيكون الأصلح لها أن تجعل عند أحد الأبوين من غير تخيير.

كما أنه لم يرد فى تخييرها نص حتى يعول عليه، وقياسها على الولد لا يصح إذ الفرق ظاهر بين تخييرها وتخيير الابن لا سيما والولد محبوب مرغوب والبنت مزهود فيها، فأحد الوالدين قد يزهد فيها مع رغبتها فيه فكيف مع زهدها فيه، فالأصلح لها لزوم أحدهما لا التردد بينهما.

ثالثا:

إذا قلنا بعدم استقلالها وبعدم تخييرها فلمن تكون الحضانة من الأبوين:

البعض يجعلها للأم والبعض الآخر يجعلها للأب كما سبق.

غير أنى أرى أن المراعى فى ذلك هو صيانة البنت فيجب أن تكون الحضانة لمن يصلحها ويدفع مفسدتها منهما لذا نجد المالكية

يفرقون بين حال تكون الأم فى حرز وتحصين فيجعلون لها الحضانة وبين أن تكون فى غير حرز وتحصين أو تكون غير مرضية فينزعون البنت عنها.

فإذا كان أحد الأبوين حافظا لها والآخر يضيعها فلا شك أنها تجعل عند من يحفظها أبا كان أو أما.

فإذا فرض أن الأب ديوث لا يصونها والأم تصونها فإن الأم تكون أولى بحضانتها من غير نظر إلى اختيارها، وإذا كان الأمر على العكس من ذلك قدم الأب وسقطت حضانة الأم ، لأنها ولاية مصلحة فالمعتبر فيها هو ما يصلح به المحضون.

وعلى هذا فإنى أرى أن الأولى بالحضانة هو من يحفظ الأنثى ويصونها ويأمرها بالطاعة ويبعدها عن المعصية منهما.

شروط التخيير:

مما سبق علمنا أن بعض الفقهاء يقول بتخيير المحضون ببلوغه حد الاستغناء سواء كان ذكرا أو أنثى، ومنهم من يخير الذكر دون الأنثى إلا أن هذا التخيير عندهم مشروط بثلاثة شروط(١):

الشرط الأول: أن يكون المحضون عاقلا.

فإن كان معتوها أو مجنونا لم يخير ويكون عند الأم، لأن المجنون والمعتوه لا يميز بين منافعه ومضاره فيصير بمنزلة الطفل وإن كان كبيرا.

(١) الحاوى ٥٠١/١١، المغنى ٦١٦/٧.

ولو خير الولد فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها اشفق عليه وأقوم بمصالحة كما فى حال طفولته.

الشرط الثاني: انتهاؤه إلى السن التى يستحق التخيير فيها:

وقدروها بسبع أو ثمان ـــ وليس ذلك اختلاف قولين بل هو اختلاف حالين فى مراعاة أمره فى ضبطه وتحصيله ومعرفة أسباب الاختيار فقد يتقدم ذلك فيه ويوجد لسبع لفرط ذكائه وقد يتأخر لقلة فطنته فالأول يخير لسبع والثانى يخير لثمان.

الشرط الثالث: أن يكون الأبوين من أهل الحضانة:

يشترط فيمن يقع التخيير بينهما ـــ أبا وأما ـــ أو غيرهما ممن يقوم مقامها أن يكونوا من أهل الحضانة بأن تتوفر فيهم شروط استحقاق الحضانة، وهى العقل والإسلام والعدالة واجتماعهما فى وطن واحد وخلو المرأة عن الزوج وقد سبق بيان ذلك مفصلا.

المبحث الثانى

انفراد الرجال بالحضانة

إذا اجتمع الرجال من أقارب الطفل يتنازعون حضانته منفردين عن النساء ، حيث لا نساء، أو كان معهم نساء وسقط حقهن فى الحضانة، فمن الذى يستحق الحضانة منهم، وما هى مراتبهم فيها؟

ولكى نجيب على ذلك فإننا سنحصر كلامنا فى مطلبين:

المطلب الأول

المستحقون للحضانة من الرجال

المستحقون للحضانة من الرجال : ثلاثة أصناف

الصنف الأول: هم العصبة الوارثين[١]:

فلا حضانة لذكر تكون قرابته للمحضون من جهة النساء، وعلى هذا فلا حضانة لذوى الأرحام كالجد لأم[٢] والعم لأم والخال وابن الأخت وبنو الخالات والعمات والأخ لأم مع وجود أحد من أهل الحضانة وهم العصبة.

---

(١) البدائع ٤٣/٤/ رد المحتار ٦٣٨/٢، التاج والإكليل ٢١٦/٤، الفواكه الدوانى ١٠٣/٢، الحاوى ٥١٦/١١، ٥١٧، شرح المحلى على المنهاج مع قليوبى ٨٩/٤، المغنى ٦٢٢/٧،٦٢٣، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٢) وافق المالكية الجمهور فى القول بأن الجد لأم لا حضانة له ولم يخالف فى ذلك إلا اللخمى حيث يرى أن له فيها حقا لأنه أب ذو حنان تغلظ عليه الدية ويسقط عنه القود، وعلى هذا فمرتبته تلى مرتبة الجد لأب، فيكون متوسطا بين الجد لأب وابن الأخ، يراجع الدسوقى والشرح الكبير ٥٨٢/٢، المواهب والتاج ٢١٦/٤.

ولعل السبب فى عدم استحقاقهم للحضانة هو أن الذكور من ذوى الأرحام فاقدون لآلة التربية وهى الأنوثة التى هى السبب الأقوى فى استحقاق الحضانة، فهم ليسوا نساء يتولون الحضانة بأنفسهم ولا لهم قوة قرابة كالعصبات.

ويشترط فى العاصب حتى يستحق الحضانة أن يكون محرما للمحضون وإن كان أنثى[١].

وعلى هذا فلا حق لابن العم فى حضانة ابنة عمه ـ وإن كان عاصبا لها ـ لأنه ليس بمحرم منها إذ يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها.

أما إذا كان المحضون ذكرا فإن لابن عمه الحق فى حضانته عند عدم من هو أولى منه لأنه عصبة له.

الصنف الثانى :

الوصى[٢] وهو من يعينه الأب لرعاية أبنائه من بعده، ويلحق به وصى الوصى ومقدم القاضى.

ومحل استحقاق الوصى للحضانة فيما إذا كان المحضون ذكرا صغيرا أو كبيرا، أما إن كان المحضون أنثى فإن كانت كبيرة لا حق له فى حضانتها إلا إذا كان محرما لها أو كان الوصى أنثى.

---

(١) ذهب إلى ذلك الجمهور، وذهب الشافعية فى الصحيح إلى عدم سقوط حقه فى الحضانة لوفور شفقته بالولاية لكنهم يقولون لا تسلم إليه الأنثى المشتهاة وإنما إلى ثقة يعينها هو كبنته ونحوها بشرط كونها ثقة: قليوبى وشرح المحلى على المنهاج ٨٩/٤.

(٢) لم يقل بهذا إلا المالكية، يراجع الفواكه الدوانى ١٠٣/٢ ، الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٨/٢، التاج والإكليل مع المواهب ٢١٦/٤.

أما إذا كانت صغيرة فإن له حق حضانتها ولـــو لـم يكــن محرما لها وقيل ليس له الحق فى حضانة الأنثى مطلقا، إذ ليـــس بينــه وبينها محرم.

<u>الصنف الثالث:</u> ذوى الأرحام عند عدم غيرهم:

إذا لم يوجد أحد من المستحقين للحضانة من العصبـــات أو وجــد وسقط حقه فيها، ووجد أحد من ذوى الأرحام المحرمين[١] كالخال وأبـــو الأم وابن الأخت والأخ لأم فقد ذهب الحنفية والمالكية وهو وجه للشافعية والحنابلة[٢] إلى أنهم يستحقون الحضانة ويتقدمون على الأجانب، لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم الوارث فكذلك يحضنون عند عدم مــن يحضن.

المطلب الثانى

مراتبهم

بعد أن ذكرنا المستحقين للحضانة من الرجال إجمالا نذكـــر الآن مراتبهم فنقول:

١- الأب:

---

(١) احترز به عن ذوى الأرحام غير المحرمين كابن العمة والخالة حيث لا حــق لـهم لعـدم المحرمية، رد المحتار ٦٣٩/٢.

(٢) وللشافعية والحنابلة وجه آخر أنه لا حق لهم فى الحضانة فهم والأجانب فيها سواء فإن قدموا فمن طريق الأولى دون الاستحقاق والا انتقل الأمر إلى الحاكم، يراجع الحـــاوى ٥١٦/١١، المغنى ٦٢٣/٧، الكافى ٣٨٣/٣، البحر الرائق ١٨٤/٤.

مما لا خلاف عليه أن أحق الذكور بالحضانة.هو الأب لأختصاصه بمباشرة الولادة وتميزه بفضل الحنو والشفقة.

٢- الجد وإن علا:

يأتى فى المرتبة الثانية بعد الأب أبائه الذين ولدوه يتقدم بها الأقرب فالأقرب ويكون أبعد الآباء درجة أحق بها من الأخوة ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء[١] ، ولم يخالف فى هذا إلا المالكية[٢].

حيث يقولون بتقديم الوصى على جميع العصبة غير الأب.

كما يقولون بتقديم الأخ على الجد سواء كان قريبا أو بعيدا وإنما قدم الوصى على العصبة لأنه مقدم بإجتهاد الأب ومن اجتهد فيه الأب أقوى وأولى، ولو علم أن ذلك التقديم كان لشنئان بين الأب وبين جد الولد أو أخيه لقدم الجد والأخ على الوصى لأن عليهما فى تربية غيرهما لولدهما معرة مع علمنا أن رغبة الأب عنهما لم تكن حسن نظر.

أما إن كان الشنئان بين الأب وعم الولد أو ابن عمه فإنه يقدم عليهما الوصى لأنهما يتهمان فى عداوته والإساءة إليه لعداوة الأب.

٣- الأخوة [٣]:

إذا عدم الأجداد كان الأخوة أحق بالحضانة من غيرهم وأولاهم

(١) البدائع ٤٣/٤، رد المحتار ٦٣٨/٢، الحاوى ٥١٧/١١، ٥١٨، المغنى ٦٢٢/٧.

(٢) يراجع الدسوقى والشرح الكبير٥٨٢/٢، التاج والإكليل٥١٦/٤، حاشية المدنى على كنون٢٥٢/٤.

(٣) سبق أن ذكرنا أن المالكية يقدمون الأخ على الجد فى استحقاق الحضانة ، وأن الجمهور يقولو بتقديم الجد وإن علا على الأخوة ، انظر ما سبق صـــ.

بها الأخ الشقيق ثم الأخ للأب ثم الأخ الأم [1].

٤- أبناء الأخوة[2]:

إذا عدم الأخوة وكان لهم أبناء فنازع الأعمام فى حضانة الصبى فقد ذهب الجمهور [3] إلى تقديم أبناء الأخوة على الأعمام لقوة تعصبهم فى حجب الأعمام عن الميراث، وعلى هذا يقدم بها ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم أبنائهم وإن سفلوا.

ولا حق فيها لابن الأخ لأم إلا عند المالكية لأنه غير وارث عند الشافعية ولأنه من ذوى الأرحام عند غيرهم وقيل[4] يقدم الأعمام على أبناء الأخوة، لأنهم أقرب منهم درجة.

٥- الأعمام:

يأتى بعد أبناء الأخوة فى استحقاق الحضانة أعمام الصبى يتقدمهم العم الشقيق ثم العم للأب، ولا حق فيها للعم لأم [5] لأنه لا يرث.

---

(١) هذا عند المالكية والشافعية غير أن المالكية يقدمون الأخ لام على الأخ لأب، أما الحنفية والحنابلة فإن الأخ لام من ذوى الأرحام فلا حق له فى الحضانة عند وجود من هو أولى منه من العصبة ، يراجع : البدائع ٤٣/٤، الفواكه الدوانى ١٠٣/٢، الحاوى ٥١٨/١١، الكافى لابن قدامة ٣٨٣/٣.

(٢) سبق أن ذكرنا أن اللخمى المالكى يقدم الجد لأم على ابن الأخ فى استحقاق الحضانة.

(٣) انظر المصادر السابقة.

(٤) ذهب إلى ذلك الشافعية فى وجه يراجع الحاوى ٥١٨/١١.

(٥) إلا عند المالكية حيث يقولون باستحقاقه للحضانة ويقدمونه على العم لأب ـ حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

ثم تنتقل بعدهم إلى أبنائهم وإن سفلوا يتقدمون بها على أعمام الأب[1] لكن لا تدفع إليهم الأنثى لأنهم غير محارم كما سبق.

٦- إذا لم يوجد من العصبة أحد أو وجد وسقط حقه فى الحضانة انتقلت إلى ذوى الأرحام على خلاف فى ذلك[2] .

عند التساوى[3]: إذا تساوى اثنان من أهل الحضانة كأخين وعمين ونحوهما فإننا نقدم من كان عنده صيانة وشفقة على مساويه فى المرتبة إذا خلا عن ذلك، فإذا كان عندهما صيانة وشفقة وأحدهما أكثر من الآخر صيانة وشفقة للمحضون عن غيره فإنه يقدم.

فإن وجد عند أحدهما الصيانة ووجد عند الآخر الشفقة فقيل يقدم صاحب الشفقة، فإن تساووا فى الصلاح والشفقة قدم الأكبر سنا فإن تساويا فى كل شئ أقرع بينهما.

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٦٣٨/٢، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٨/٢.

(٢) أولاهم بها الأخ لأم ثم أولاده ثم العم لأم ثم الخال الشقيق ثم لأب ثم لأم وقيل بغير ذلك الترتيب، هذا عند الجمهور أما عند المالكية فإن الجد لأم من المستحقين للحضانة عند اللخمى وكذلك الأخ لأم وابنه والعم لأم وابنه كلهم يستحقون الحضانة ويقدمون على الأخ لأب وابنه وعلى العم لأب وابنه كما سبق، يراجع البحر الرائق ١٨٤/٤، الشرح الكبير ٥٢٨/٢،الحاوى ٥١٧/١١، الكافى ٣٨٣/٣.

(٣) يراجع البدائع ٤٣/٤، البحر الرائق ١٨٤/٤، الفواكه الدوانى ١٠٣/٢، التاج والإكليل ٢١٦/٤، المغنى ٦٢٤/٧، المحلى ٣٢٤/١٠.

المبحث الثالث

اجتماع الرجال والنساء

إذا اجتمع الرجال والنساء وتنازعوا حضانة الطفل فإيهم أولى أن يقدم على غيره؟

وهل يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه أم لا؟ إليك بيان ذلك فى مطلبين:

المطلب الأول

فيمن يقدم بالحضانة

اتفق الفقهاء[1] على أن الأم أحق بالحضانة من غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب ما لم يمنع من ذلك مانع[2] ودليل ذلك:

أ- روى أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثدى له سقاء وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه من فقال رسول الله ﷺ : " أنت أحق به ما لم تنكحى"[3].

فقد حكم لها النبى ﷺ بحضانة الطفل دون الأب فدل على تقديم حقها فى الحضانة على حقه.

---

(١) المبسوط ٢٠٧/٥، حاشية الرهونى على شرح الزرقانى ٢٤٩/٤، تكملة المجموع ٢٢٦/٢٠، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣، السيل الجرار ٤٣٨/٢، المحلى ٣٢٣/١٠، سبل السلام ٢٢٧/٣، نيل الأوطار ٣٢٩/٦.

(٢) سبق أن ذكرنا الشروط الواجب توافرها فى مستحق الحضانة فإذا اختل شرط منها كان ذلك مانعاً من استحقاق الحضانة.

(٣) سبق تخريج الحديث.

ب- ما روى أن أبا بكر قضى على عمر بن الخطاب بحضانة ابنه عاصم لأمه وقال له ريحها وحجرها خير له من عسل وسمن عندك يا عمر[١].

فهذا أبو بكر يقضى بتقديم الأم على الأب فى حضانة الطفل والصحابة مجتمعون ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعا على تقديم الأم فى الحضانة على غيرها ولو كان المنازع لها هو الأب.

جـ - إنها مباشرة للولادة قطعاً وإحاطة وهى فى الأب مظنونة فكانت أولى.

د- أنها أكثر حنواً وإشفاقاً فكانت أولى.

هـ- إنها بتربيته أخبر وعلى التشاغل به أصبر فقدمت على غيرها.

٢- أمهات الأم:

إذا عدمت الأم أو سقط حقها فى الحضانة فأولى الناس بحضانة الطفل من أقربائه جدته لأمه ـ أم أم المحضون ـ ثم أمهاتها وإن علون الأقرب فالأقرب ذهب إلى هذا الجهور من أهل العلم[٢].

ولم يخالف هذا إلا الحنابلة فى رواية ضعيفة عن أحمد[٣] أن الأب يقدم عليهن فيكون أولى منهن بحضانة الطفل عند عدم الأم أو سقوط

---

(١) سبق ذكر الأثر.

(٢) هذا إذا لم يمنع من استحقاقها للحضانة مانع كما سبق بيانه صـ راجع البحر الرائق ومنحه الخالق ١٨٢/٤، الفواكه الدوانى ١٠٢/٢، الاقناع فى حل ألفاظ ابن شجاع ١٩٤/٢، الكافى لابن قدامة ٣٨١/٣، المحلى ٣٢٣/١٠، البحر الزخار ٢٨٧/٤.

(٣) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت لأم والخالة أحق من الأب فيقدم من على الأمهات لأم يرجع المغنى ٦٢٣/٧.

حضانتها، والشوكانى[١] حيث ذهب إلى تقديم الخالة عليهن.

والأصح ما عليه الجمهور من أن الحضانة بعد الأم لأمهاتها وإن علون، لأن حق الحضانة بسبب الأمومة، وهى أم تدلى بـأم فكانت مقدمة على غيرها، ولأنهن ــ الجدات من جهة الأم ــ نساء ولادتهن متحققة فكن فى معنى الأم فقد من.

٣- الأب:

إذا عدمت الأم وأمهاتها أو سقطت حضانتهن فقد ذهب الشافعية[٢] والحنابلة فى المذهب[٣] والظاهرية[٤] والزيدية[٥].

إلى القول بانتقال الحق فى الحضانة إلى الأب، لأن له من الولادة والاختصاص بالنسب وفضل الحنو والشفقة ما ليس فى غيره ممن عدم الولادة، ومن اختص بالولادة من الرجال والنساء يقدم فى الحضانة على غيره ممن عدمها، فإن تساوى فى الولادة أبوان قدمت الأم على الأب بالانوثية المختصة بالتربية.

وذهب الحنفية[٦] وهو قول الاصطخرى الشافعى[٧].

---

(١) حيث يعتبرها مع الأب كالأم معه يثبت بينهما التخيير للصبى واستدل لذلك بحديث (الخالة أم) يراجع السيل الجرار ٤٣٨/٢، نيل الأوطار ٣٢٨/٦ .

(٢) كما أن لهم رواية أخرى أن الأخت لأم والخالة أحق من الأب فيقدمن على الأمهات لأم يراجع المغنى ٦٢٣/٧.

(٣) ولأحمد رواية أخرى أن الخالات يقدمن على الأب وكذلك الأخت لأم ــ المغنى ٦٢٣/٧.

(٤) المحلى ٣٢٣/١٠.

(٥) ويرى الشوكانى تقديم الخالة على الأب ــ السيل الجرار ٤٣٦/٢، ٤٣٨.

(٦) البحر الرائق ١٨٣/٤.

(٧) الحاوى ٥١٩/١١.

أن النساء يتقدمن فى حق الحضانة على الرجـــال[١] ويقــدم منهن من كان من جهة الأم على من كان من جهة الأب وقد سبق بيـــان مراتب النساء فى الحضانة فى صــ

وقريب من قول الحنفية ما ذهب إليه المالكية[٢].

من القول بتقديم الخالات وكذلك الجدات لأب وإن علـــون علـــى الأب وقد سبق أيضا صــ .

٤- الجدة من جهة الأب:

سبق أن ذكرنا أن الحنفية والمالكية يقدمون الجدات من جهـة الأب على الأب فى استحقاق الحضانة[٣].

أما الزيدية[٤] فإنهم يقدمون الخالات على الجدات من جهة الأب إذ منزلتهن بعد منزلة الأب.

أما الشافعية والحنابلة[٥] فيجعلون الحضانة بعد الأب عنـــد عـــدم وجوده أو سقوط حقه فيها لامهاته وإن علون.

٤- الجد وإن علا:

يرى الشافعية والحنابلة والظاهرية[٦].

---

(١) حيث جعلوا منزلة العصبة متأخرة بعد جميع النساء والأب من العصبة فكان متأخرا عنهن.

(٢) التاج ٤/٢١٥، الفواكه الدوانى ٢/١٠٢.

(٣) يراجع صـــ.

(٤) السيل الجرار ٢/٤٣٦.

(٥) الحاوى ١١/٥١٩، المغنى ٧/٦٢٣.

(٦) المصادر السابقة ، المحلى ١٠/٣٢٣.

أن حق الحضانة بعد أمهات الأب ينتقل إلى الجد ثم لأمهاته ثم إلى أبى الجد ثم أمهاته، حتى يستوعب عمود الأباء والأمهات لا يتقدم عليهم مع وجود الولادة فيهم من عدمها.

وعند الحنفية منزلة الجد متأخرة عن منزلة الأخوات والخالات لأنه من العصبة وكذلك عند المالكية [١].

٦- الأخوات والأخوة:

إذا انقرض المستحقين للحضانة من الآباء والأمهات انتقلت عند الحنابلة والشافعية فى أحد وجهين[٢] إلى الأخوات وتقدم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخت من الأم .

وإنما قدمن على الأخوة لأنهن نساء من أهل الحضانة فقد من على من فى درجتهن من الرجال كالأم تقدم على الأب وقيل الأخ أحق بالحضانة منهن لأنه من العصبة يحق له القيام بتأديب المحضون وتقويمه، كما له أن ينقله إلى وطنه عند الانتقال من مكان الحضانة والأصح تقديم الأخت على الأخ لأنها انثى أشفق وأعطف.

وعند الحنفية[٣] تنتقل الحضانة للأخوات بعد أم الأب حيث يتقدمن على الأجداد لأنهن نساء يتقدمن على العصبة وتقدم الشقيقة ثم التى للأم ثم التى للأب.

---

(١) البدائع ٤١/٤، ٤٣، التاج والإكليل ٢١٥/٤، ٢١٦.

(٢) الحاوى ٥١٩/١١، المغنى ٦٢٣/٧، ٦٢٤.

(٣) البدائع ٤١/٤.

وكذلك المالكية[١] يقدمون الأخوات على الأجداد، لكنهم يقدمون الخالات وجميع قرابات الأم عليهن.

٧- الخالات [٢] :

ينتقل الحق فى الحضانة بعد الأخوة إلى الخالات عند الشافعية والحنابلة[٣]

وتقدم الشقيقة ثم التى للأب ثم التى للأم، وكذلك عند الحنفية[٤] لكنهم يقدمون التى للأم على التى للأب.

أما المالكية[٥] فالخالات يأتين بعد الجدة للأم فى المرتبة ويقدمن على أم الأب، وعلى الأب والجد والأخوات وغيرهن

٨- العمات ثم الأعمام:

ينتقل الحق فى الحضانة بعد الخالات إلى العمات عند الشافعية والحنابلة[٦] فإذا عدمن انتقل الحق إلى الأعمام ــ ويقدم بها الشقيق ثم الذى للأب.

---

(١) الفواكه الدوانى ١٠٢/٢.

(٢) سبق أن بينا أن لا حضانة للأخوال لأنهم من ذوى الأرحام فلا يحضنون إلا عند عدم وجود من يستحق الحضانة من الرجال والنساء وحينئذ يقدمن على من كان أجنبيا من المحضون.

(٣) الحاوى ٥٢٠/١١ ، المغنى ٦٢٤/٧.

(٤) البحر الرائق ١٨٢/٤، البدايع ٤٢/٤.

(٥) التاج والإكليل ٢١٥/٤.

(٦) الحاوى ٥٢٠/١١، المغنى ٦٢٤/٧.

ويرى الحنفية والمالكية[1] أن العمات يأتين بعد الخالات فـــى المنزلة كما يقول الشافعية والحنابلة غير انهم يؤخـــرون الأعمـــام عـــن غيرهم من النساء إذ هم من العصبة وهى متأخرة عن جميع النساء.

ملاحظة:

بعد أن رتبنا المستحقين للحضانة عند اجتماع الرجـــال والنســـاء على النحو السابق يتضح لنا اختلاف الفقهاء فى هذا الـــترتيب اختلافـــا كبيرا حيث لا يكادون يجمعون إلا على تقديم الأم علـــى جميـــع النســـاء والرجال وذلك لمكان النص الوارد فى ذلك.

كما نجد شبه اجماع على تقديم أمهات الأم بعدها على غيرها مـــن المستحقين للحضانة رجالا ونساء لولا أن الشوكانى قد عارض فى ذلـــك وقدم عليهن الخالات لمكان الحديث (إنما الخالة أم).

بعد ذلك لا نجدهم يتفقون على شئ من هذا الترتيب ولعل الســـبب فى ذلك هو عدم وجود دليل يدل على شئ من ذلك بل مجرد آراء خلـــت عن الأدلة فكلٌ يقدم من وجهة نظره من هو مظنة للحنو على الصبى.

وبناء عليه فإنى أرى أن حق الحضانـــــة عنـــد التنـــازع يكـــون محصورا بين الأم وأمها والأب وأمه، فتقدم الأم ، وعند عدمها أو سقوط حقها تقدم أمها على الأب، ثم بعد ذلك ينتقل الحق إلى الأب عند وجوده.

فإن عدم أو كان غير أهل لها تقدم أمهاته ولا ينتقل الحـــق عـــن هؤلاء إلى من بعدهم من الرجال والنساء إلا عند عدمهم أو سقوط حقـــهم فيها.

---

(١) البدائع ٤/٤٢، الفواكه الدوانى ٢/١٠٢.

المطلب الثانى

لا يسقط حق الفرع فى الحضانة إسقاط الأصل لحقه

إذا أسقط مستحق الحضانة كالأم أو الأب حقه فى الحضانة فهل يسقط بذلك حق فرعه فيها أم لا؟

للعلماء وجهان فى ذلك:

الأول: يسقط حق الفرع بإسقاط الأصل لحقه(١).

فإن أسقطت الأم حقها سقط حق أمهاتها وينتقل الحق فيها للأب لأن أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق فإن أسقطت حقها سقط حق فروعها، وكذلك الأب إن اسقط حقه سقط حق أمهاته لأنهن فرع عليه.

الثانى: وهو الأصح لا يسقط حق الفرع لسقوط حق الأصل(٢).

وعلى هذا فإذا أسقطت الأم حقها انتقل الحق بعدها إلى أمهاتها، لأن الحضانة حق الولد، وبإسقاط الأم لحقها بقى حق الولد فصارت كالميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى.

ولأنه لو سقط حق الأم بزواجها أو لكونها غير أهل للحضانة لا يسقط حقهن فكذلك لو أسقطته بنفسها وكذا الحكم فى الأب.

---

(١) ذهب إلى ذلك الحنابلة فى وجه وبه قال بعض القرويين من المالكية، مواهب الجليل ٢١٩/٤،المغنى ٦٢٤/٧،الكافى لابن قدامة ٣٨٤/٣.

(٢) ذهب إلى ذلك الحنفية وهو الأصح عند الحنابلة وهو قول الشافعية وقياس قول المالكية وهو المعتمد عندهم ،يراجع حاشية ابن عابدين ٦٣٦/٢، المغنى ٦٢٤/٧، الحاوى ٥٠٦/١١، مواهب الجليل ٢١٦/٤، حاشية الدسوقى ٥٣٣/٢، الاقناع ١٩٦/٢، الكافى لابن قدامة ٣٨٤/٣.

ولأن حق القريب سقط لمعنى اختص به فاختص السقوط بـــه كما لو سقط لمانع.

الفصل الثالث

نفقة[1] المحضون وأجر الحضانة

مما لا شك فيه أن المحضون سواء كان رضيعا أو فطيما يحتاج إلى الطعام والشراب والكسوة والسكنى وغيرها من وجوه النفقة فعلى من تجب، وهل يجب على الأم رضاعه وهل تستحق الحاضنة أجرة لهذا الرضاع ثم أخيرا هل تستحق الأجر على حضانته أم لا؟ هذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال هذه المباحث.

المبحث الأول

نفقة المحضون

إذا قلنا بثبوت النفقة للمحضون فعلى من تجب وما شروط وجوبها وما مقدارها، وما الحكم لو امتنع من وجبت عليه عن دفعها هذا ما سنبينه فى المطالب التالية .

---

(١) النفقة اسم من الإنفاق وما ينفقه الانسان على عياله، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة وجمعها نفقات، وهى فى الشرع ما به قوام معتاد حال الآدمى دون سرف، أو هى الطعام والكسوة والسكنى، المعجم الوسيط ٢/٩٨٠، البحر الرائق ٤/١٨٨، ابن عابدين ٢/٦٤٣، ٦٤٤، الفواكه الدوانى ٢/١٠٤.

المطلب الأول

نفقة المحضون على أبيه

مما لا خلاف عليه بين أهل العلم أن نفقة الولد الصغير واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد[1].

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم[2] ولو كانت حضانتهم إلى غيره كالأم أو الجدة حيث تكون لهن الحضانة ونفقتهم على الأب، ودليل هذا الحكم القرآن والسنة والمعقول:

فمن القرآن:

١- قوله تعالى ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ [3].

دلت الآية على وجوب أجرة الرضاع للمطلقات إذا أرضعن أولادهن وأنها على الأب فلما لزمته أجرة الرضاع كان لزوم النفقة أحق إذ هي بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع.

---

(١) وهذا بالاتفاق إذا كان الولد صغيرا، فإن كان كبيرا فقيل نفقته على أبيه أيضا وقيل على الأب والأم أثلاثا بحسب ميراثهما من الولد، المبسوط ٢٢٢/٥، البحر الرائق ٢٢٨/٤، شرح المحلى على المنهاج ٨٧/٤، السيل الجرار ٤٥٤/٢، نيل الأوطار ٣٢٢/٦، العناية وفتح القدير مع الهداية ٤١٠/٤/ ٤١١.

(٢) نقل هذا الاجماع ابن قدامة والكاساني والشوكاني والقرطبي ، يراجع البدائع ٣٠/٤، ٣٢، التاج والإكليل والمواهب ٢١٠/٤. ٢٢٠، الحاوى ٤٧٧/١١، المغنى ٥٨٢/٧، ٥٨٣/ المحلى ١٠٠/١٠، نيل الأوطار ٣٢٢/٦، ٣٢٣، الاقناع ١٨٦/٢، السيل الجرار ٤٥٦/٢، فتاوى ابن تيمية ١٠٨/٣٤، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠٧٦/١، مختصر المزنى صـ ٢٣٤.

(٣) سورة الطلاق آية : ٦.

٢- قوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾[١]. حيث دل على وجوب نفقة الأولاد وأنها على الآباء دون الأمهات لأن الله خص الأب بكونه مولودا له وأضاف الولد إليه بلام الملك.

٣- قوله تعالى: ﴿**ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم**﴾[٢]. دلت الآية على وجوب نفقة الابن على أبيه إذ لولا وجوب النفقة عليه ما قتله خشية الاملاق من النفقة.

الأدلة من السنة:

يستدل على وجوب نفقة الابن على أبيه من السنة بأدلة نذكر منها:

١- روى عن أبى هريرة أن رجلا أتى رسول الله ﷺ فقال: إن معى دينارا قال أنفقه على نفسك قال: إن معى آخر قال: أنفقه على ولدك، قال : إن معى آخر قال: أنت أعلم[٣].

فقد دل الحديث على وجوب نفقة الولد وأنها على الأب عندما يكون عنده ما يزيد عن حاجة نفسه.

٢- روى عن عائشة أن هندا أم معاوية جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح وإنه لا يعطينى وولدى إلا ما أخذ منه سرا وهو لا يعلم فهل على فى ذلك من شئ؟ فقال رسول الله ﷺ

---

(١) بعض آية : ٢٣٣، من سورة البقرة .

(٢) بعض آية : ٣١ من سورة الإسراء.

(٣) السنن لأبى داود ١٣٦/٢، السنن الكبرى ٤٧٧/٧.

: " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف "[1] ففى هذا الحديث دليل على وجوب نفقة الولد على الأب، وأنه يجوز لمن وجبت له النفقة شرعا على شخص أن يأخذ من ماله ما يكفيه إذا لم يقع منه الامتثال وأصر على التمرد .

الأدلة من المعقول:

استدل لوجوب نفقة الولد على الوالد بأدلة عقلية نذكر منها:

١- إن ولد الإنسان بعضه فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه يجب أن ينفق على بعضه.

٢- إن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه والولد جزء الوالد وإحياء نفسه واجب فكذا إحياء جزئه.

٣- إن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع، والانفاق من باب الصلة فكان واجبا، وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدى إلى القطع فكان حراما.

(١) فتح البارى ٤١٨/٩، السنن للبيهقى ٤٧٧/٧، السنن لأبى داود ٢٨٨/٣.

المطلب الثانى

شروط وجوب النفقة

سبق أن ذكرنا أن نفقة الولد واجبة على أبيه أو من تلزمه نفقته غير أن ذلك مشروط بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن لا يكون للولد مال [١].

فلكى تجب نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه نفقته يجب أن لا يكون غنيا ، فإن كان له مال[٢] لم تجب نفقته على أحد وإنما تكون فى ماله خاصة، كان الولد كبيرا أو صغيرا.

لأن هذه النفقة هى من قبيل المواساة وهى لا تجب إلا مع الفقر والموسر مستغن عن المواساة، ولأنه إذا كان غنيا لا يكون هو بإيجاب النفقة له على غيره أولى من الايجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب على الغير، ويكون إيجابها فى ماله أولى من إيجابها فى مال غيره.

---

(١) البدائع ٣٤/٤، ٣٥، مواهب الجليل والتاج ٢١١/٤، الحاوى ٤٨٧/١١، المغنى ٥٨٤/٧، مختصر المزنى صـ ٢٣٤، المحلى ١٠٠/١٠، ١٠١، الاقناع ١٨٦/٢، السيل الجرار ٤٥٦/٢، ٤٥٧، تكملة المجموع للمطيعى ١٩٦/٢٠، ١٩٧.

(٢) فإن كان المال حاضرا فى يد الأب انفق منه على الابن وينبغى أن يشهد على ذلك حتى لا يجحد الابن بعد ذلك أما إن كان غائبا فإنه ينفق من مال نفسه فإذا أراد الرجوع فإنه يشهد على ذلك أو يستأذن القاضى، وألا لم يرجع بما انفق فى الحكم أما فى الديانة فله الرجوع، وقيل : إن قصد الرجوع رجع ولو لم يحكم به حاكم. البدائع ٣٤/٤، الحاوى ٤٨٤/١١، المواهب ٢١٢/٤، البحر الرائق ٢١٨/٤.

لشرط الثاني : العجز عن الكسب[1]:

لكى تجب النفقة للابن يشترط عدم قدرته على الكسب، فإن عجز عن الكسب لكونه صغيرا أو مجنونا أو أعمى أو أشل أو مقطوع اليدين أو الرجلين ونحو ذلك من العوارض المانعة من الكسب ولا مال له، وجبت نفقته على أبيه أو من تلزمه النفقة، أما إن قدر على الكسب لم تجب لأنه بذلك يكون مستغنى بكسبه والغناء بالكسب كالغناء بالمال فلم تجب على غيره.

الشرط الثالث: القدرة على الإنفاق [2] :

والقدرة على ذلك تكون بأمرين :-

الأول: أن يكون للمنفق مال يزيد عن حاجته وحاجة زوجته[3].

الثاني : القدرة على الكسب، فإذا كان له مال أو لم يكن وقدر على الكسب وجب عليه أن ينفق على أولاده، ومن يعول ، إذ القدرة على الكسب تجرى عليه حكم الغنى وتسلبه حكم الفقر.

وإن كان للأب مال لكنه لا يكفيه أولا يزيد عن حاجته فلا يجب عليه نفقة الأولاد عملا بحديث أبى هريرة أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله عندى دينار فقال له: تصدق به على نفسك قال:

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة .

(٣) بعض الفقهاء يقدمون نفقة الزوجة على نفقة الأبناء إذا لم يسعهما جميعا وبعضهم يسوى بينهما مواهب الجليل ٢١١/٤، المحلى ١٠٠/١٠، ١٠٥، المغنى ٥٩٣/٧، عميرة على شروح المحلى ٨٤/٤.

عندي آخر، قال : تصدق به على ولدك، قال : عندي آخر قال: تصدق به على زوجك"[1].

فقد بين الحديث أن الانسان يقدم نفسه بالنفقة على غيره فإن فضل عنده شئ بعد نفقة نفسه ينفقه على غيره من الأولاد والزوجة والقرابات الأخرى.

ثم إن هذه النفقة مواساة فلا تجب على محتاج كالزكاة.

الإسلام:

ليس من شروط وجوب النفقة للولد على أبيه اتحاد الدين[2] أو إسلامهما ، فتجب النفقة للابن الذى أعطى حكم الإسلام بإسلام أمه على أبيه غير المسلم وذلك لعموم الأدلة الموجبة للنفقة حيث لم تفرق، ولوجود الموجب وهو البعضية، إذ الولد بعض أبيه وجزءه وهذا لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به.

وعن أحمد فى رواية[3] لا تجب مع اختلاف الدين لأنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وإرثه منه.

---

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) البدائع ٣٦/٤، المواهب ٢١١/٤، الاقناع ١٨٦/٢، المحلى على المنهاج مع قليوبى ٨٤/٤، السيل الجرار ٤٥٧/٢، حاشية ابن عابدين ٦٨٣/٢، المبدع فى شرح المقنع ٢٢٠/٨.

(٣) المبدع فى شرح المقنع ٢٢٠/٨.

المطلب الثالث

مقدار النفقة

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه أو من تلزمه النفقة فهل هى مقــدرة بشئ معين أو بقدر الكفاية من غير أن يكون هناك حد؟

وللإجابة على ذلك نقول:

لم يوجد بين الفقهاء خلاف فى أن نفقة الابن الواجبة علـــى أبيــه غير مقدرة بل المعتبر فيها هو ما يكفيه من الخبز والادم[1] بقدر العــادة، وكذلك الكسوة والسكنى اللائقين به وكذلك أجر الطبيب وثمن الأدوية[2].

فلما كانت الحاجة تختلف باختلاف السن والرغبة ونحو ذلــك لــم نوجب قدرا لازما لا يتعداه واعتبرنا حال الكفاية، غير أنه إن كــان الأب موسرا فإنه يؤمر بالتوسيع عليه فى النفقة وإن كان مضيقا عليه فبحســب قدرته واستطاعته قال تعالى : ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته** ﴾ [3] والفــرق بين أهل السعة والضيق وبين أهل الفقر والشدة لا يخفى على أحد فى كل عصر ومصر.

---

(١) ويمكن دفع قيمة ذلك من النقد بل هو الأولى ـ يراجع تكملة المجمـــوع ١٤٨/٢٠، البحــر الرائق ١٩٠/٤، ١٩١ حاشية المدنى على كنون ٢٧٣/٤.

(٢) المبسوط ١٨٥/٥، الاقناع ١٨٦/٢، ١٨٧، المغنى ٥٩٥/٧، السيل الجرار ٤٤٨/٢، قليوبــى وعميرة على شرح المحلى ٨٥/٤ تكملة المجموع للمطيعى ٢٠٧/٢٠.

(٣) بعض آية ٧ من سورة الطلاق.

وإنما اعتبرنا حال الكفاية فى نفقة الابن عملا بما روى عن النبى ﷺ أنه قال لهند : " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف "[1] حيث قدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية من غير أن يحد فى ذلك قدرا لا تتعداه.

ثم إن هذه النفقة وجبت للحاجة ولدفع المواساة فقدرت بما يندفع به، وهو مقدار الكفاية.

المطلب الرابع

دفعها للحاضنة

إذا كانت نفقة المحضون واجبة على أبيه فهل يدفعها إلى من يحضنه أم يكفى أن يطعمه عنده؟

يرى بعض المالكية[2] أن الأب إن شكى ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة لأمه أو من يقوم مقامها أن له ذلك حيث جعلوا الحضانة أن يأوى إليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليها من نفقته، وفرق بعضهم بين المؤسر وغيره حيث ألزموا الموسر بدفع نفقة ولده إلى الحاضنة أما غيره فإن أدعى أنه لا يقدر على دفعها وطلب أن يطعم ولده عنده وتبين صدق قوله فإن له ذلك، وإن تبين أنه غير صادق وأنه يريد الإضرار بالحاضنة لم يمكن من ذلك وتدفع النفقة للحاضنة، والأصح وهو الذى عليه الجمهور وهو المشهور عند

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٤/٢١٩، ٢٢٠.

المالكية[1] أن لمن كان الولد فى حضانته من أم أو غيرها أن تـأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة وكسوة وغطاء ووطـاء وأن علـى الأب أن يدفعها إليها[2] لأنها أرفق بالأولاد، وإن قال الأب إنها لا تنفق وتضيـق عليهم لا يقبل قوله لأنها أمينة ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع بغـير حجة ولا يحق له أن يطعم الولد عنده ولا يجاب إلى ذلك إن طلب ولـو سلم الحاضن له بذلك، لأن فى هذا الفعل ضـرر علـى الولـد، وعلـى الحاضنة أيضا، إذ الأطفال لا ينحصر الوقت الذى يأكلون فيـه وأكلـهم متفرق، ثم إنه يؤدى إلى الإخلال بصيانتهم فمنع منه لذلك.

(١) المبسوط ١٨٥/٥، المدونـة ٣٦٢/٢، ٣٦٥، المواهـب والتـاج ٢١٩/٤، ٢٢٠، المغنـى ٦١٢/٧، البحر الرائق ٢١٦/٤،٢٢٠.

(٢) ويقدر قبض النفقة بالاجتهاد من الحاكم على الأب بالنظر لحاله من يوم أو جمعة أو شـهر، ومن أعيان أو أثمان وبالنظر لحال الحاضنة من قرب المسكن من الأب وبعده وأمنه وخوفه ، يراجع الشرح الكبير مع الدسوقى ٥٣٣/٢.

المطلب الخامس

ضمان النفقة

إذا قبضت الحاضنة نفقة الولد ثم ادعت ضياعها، فإنها تضمنها[1] إلا لبينة على الضياع من غير سببها فلا تضمن، لأنها لم تقبضها لحق نفسها ولا هى متمحضة للأمانة بل أخذتها لحق المحضون فتضمنها كالرهان والعوارى.

المطلب السادس

حبس الأب فى نفقة الصغير

إذا وجبت نفقة الولد على أبيه لتوافر شروطها فامتنع من دفعها إلى الحاضنة أو امتنع من الإنفاق عليه كان للقاضى أن يحبسه فيها[2] لأن فى النفقة دفع الهلاك عن الولد[3]، ولأنها تسقط بمضى الزمان فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا فكان فى حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات، لأن حبسه يحمله على الأداء.

والأصح أنه ليس فى ذلك مدة مقدرة لأن الحبس للاضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه إلى القاضى، وقيل يعاقب

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقى ٥١٣/٢، ٥١٤، الفواكه الدوانى ١٠٤/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٨٧/٢، المبسوط ٢٢٤/٥، ٥٢٢، منحة الخالق مع البحر الرائق ٢٣٥/٤، الحاوى الكبير ٤٩٩/١١.

(٣) إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه فدفع قصده بالحبس، البدائع ٣٨/٤.

بالضرب[1] ولا يحبس لأن هذا الحق لا يستدرك بالحبس لأنه يفوت بمضى الزمن فيستدرك بالضرب وكل من وجبت عليه النفقة فامتنع عوقب بذلك.

المطلب السابع

من تجب عليه النفقة عند موت الأب أو إعساره

سبق أن ذكرنا أن نفقة الابن واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد متى توفرت الشروط السابقة أما عند عدم وجود الأب أو كونه معسرا وغير قادر على الكسب فقد اختلف فيمن تجب عليه نفقة الصبى على عدة آراء:-

١- ذهب الحنفية[2]:

إلى التفريق بين حال الإعسار بالنفقة وحال موت الأب.

فعند إعساره بالنفقة تؤمر الأم إن كانت مؤسرة بأن تنفق من مالها على الولد ويكون ذلك دينا على الأب إذا أيسر، فإن لم تكن أم ووجد جد أو عم فإنه يؤمر بالنفقة على أن يرجع بها على الأب عند يساره لأن استحقاق النفقة على الأب ولكن الإنفاق لا يحتمل التأخير فيقام مال الغير مقام ماله فى أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك دينا عليه إذا أيسر، وإن اجتمع أم وجد موسرين قدمت الأم لأنها أقرب إلى الصغير، هذا إذا لم يكن الولد قادرا على الكسب ولم يكن له مال وإلا كانت النفقة فى ماله أو يؤمر بالكسب والإنفاق على نفسه.

---

(١) البدائع ٣٨/٤.

(٢) المبسوط ٢٢٣/٥، ٢٢٧، البدائع ٣٢/٤، ٣٣، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢،٦٧٣.

أما فى حالة موت الأب، فإن لم يوجد إلا واحد ممن تجب عليهم النفقة[1] كانت كل النفقة عليه متى استجمع شرائط الوجوب، وفى حالة اجتماع أكثر من واحد ممن تجب عليهم النفقة يقدم الأقرب فى قرابة الولادة ، ولو كان كل منهم وارثا، فإن لم يمكن الترجيح قسمت النفقة عليهم على قدر ميراثهم، أما فى قرابة الرحم فيقدم بقوة القرابة فإن استوو قدم بقوة الميراث، فإن كان أحدهما وارثا والآخر غير وارث كانت النفقة على الوارث فقط، وإن كانا وارثين كانت النفقة عليهما على قدر الميراث[2].

وعلى هذا فعند موت الأب ولم يوجد إلا واحد فقط ممن تجب عليه النفقة تحملها كاملة كان جدا أو أما أو أخا أو عما .. .. الخ.

أما إن تعدد فإن اجتمع جد وأم كانت النفقة عليهما على قدر ميراثهما، الأم الثلث والجد الثلثان لعدم إمكان الترجيح، وإن كان له أم وأخ شقيق أو لأب كانت النفقة عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما.

وإن كان له جد وجدة كانت النفقة على قدر ميراثهما لاستوائهما فى القرابة والميراث.

وإن كان له عم وعمة كانت النفقة على العم فقط لأنهما استويا فى القرابة المحرمة للقطع وترجح العم بكونه وارثا.

---

(١) تجب النفقة عند الحنفية على كل ذى رحم محرم لأن سبب وجوبها هو القرابة المحرمة للقطع، البدائع ٣١/٤.

(٢) وهذا التفريق بين المعسر والميت إنما هو على ظاهر المتون والمصحح أن المعسر يجعل كالميت، فعند اجتماع الأم والجد تكون النفقة عليهما اثلاثا، حاشية ابن عابدين ٦٧٢/٢، ٦٧٣.

وإن كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وإن كان الميراث لابن العم؛ لأن النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فكانت النفقة عليه.

وقد استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بقوله تعالى:﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ حيث علق سبحانه وتعالى وجوب النفقة فى قرابة الولادة باسم الولادة أما فى غيرها من الرحم المحرم فلا تجب بحق الولادة وإنما تجب بحق الوراثة، بقوله تعالى : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ ففى قرابة الولادة تجب بالقرابة دون نظر إلى الميراث أما فى قرابة الرحم المحرم فيجب بقدر الميراث، وإنما قلنا أن المراد بالوارث هو ذى الرحم المحرم لا كل وارث عملا بقراءة ابن مسعود ــ وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك .

القول الثانى:

وذهب إليه الحنابلة فى ظاهر المذهب[١] وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وابن أبى ليلى وأبو ثور[٢] أن النفقة تكون على الوارث لا فرق فى ذلك بين قرابة الولاد وغيرها.

---

(١) وعن أحمد رواية أخرى ــ أن الصبى المرضع نفقته على الرجال دون النساء ــ العصبات ــ وهو قول الأوزاعى لما روى ان عمر حبس عصبة ينفقون على صبى الرجال دون النساء، المغنى ٥٨٩/٧.

(٢) المغنى ٥٨٩/٧، وما يليها.

وعلى هذا فإن لم يكن للصبى أب كانت النفقة على وارثه فإن كان واحداً فعليه النفقة كاملة، وإن كانا اثنين أو ثلاثة أوأكثر فالنفقة بينهم على قدر ميراثهم الرجال والنساء فى ذلك سواء، فإن اجتمع أم وجد فعلى الأم الثلث وعلى الجد الثلثان، على قدر ميراثهما، وإن اجتمع أم وأخ شقيق فعلى قدر ميراثهما أيضاً وكذا لو اجتمع جدتان فعلى قدر ميراثهما وهكذا.

واستدل الحنابلة لذلك:

بقوله تعالى :﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ حيث أوجب الله على الوالد نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فوجب عليه ما وجب على الأب.

ملاحظة:

بعد أن ذكرنا ــ آراء الحنفية والحنابلة ومن وافقهم يتبين لنا أن كلاهما قريب من الآخر لا يختلفان إلا فى أمرين : الأول: تفريق الحنفية بين موت الأب وإعساره.

الثانى: أن الحنابلة لا يوجبون النفقة إلا على الوارث أما ذوى الأرحام فلا تجب عليهم نفقة بخلاف الحنفية حيث يقولون بوجوبها على كل ذى رحم محرم وإن قدم بها الأقرب عن الأبعد.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية[1]:

أن الأب إذا عدم أو أعسر بالنفقة، فلا تجب على أحد بعـــده مـــن الأقارب ولو موسرين بل يعد الأولاد من فقراء المسلمين، وعلى هـــذا لا تجبر الأم ولا الجد ولا غيرهما من الأقارب على النفقة على الأبنـــاء وإن استحب لهم ذلك فإن انفقت الأم أو الجد كان ذلك منهما تبرعـــاً وأمـــراً مستحباً وليس واجباً.

القول الرابع: وذهب إليه الشافعية [2]:

إذا مات الأب أو أعسر وجبت النفقة على الجد أبى الأب ثم أبـــاؤه وإن علون، يقدم بها الأقرب على الأبعد، فإن لم يوجد من الأجداد أحـــد كانت واجبة على الأم.

ودليلهم على ذلك:

أ- أن الجد يسمى أباً فيأخذ حكمه عند عدمه ودليل ذلك قولـــه تعالى :﴿ **يا بنى آدم** ﴾ [3] حيث سمانا أبناء وســـمى آدم أبـــا وكما فى قوله تعالى : ﴿ **ملة أبيكم إبراهيم** ﴾ [4] حيث سماه أباً وإن كان جداً بعيداً.

ب- إن الجد يقوم مقام الأب فى الولايـــة، ويختـــص دون الأم بالتعصيب فوجب أن يقوم مقامه فى التزام النفقة.

---

(١) المدونة الكبرى ٣٦٢/٢،الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٥٢٣/٢، التاج والإكليل ٢١٤/٤.

(٢) الحاوى ٤٧٩/١١، وما يليها.

(٣) بعض آية ٢٦ من سورة الأعراف.

(٤) بعض آية ٧٨ من سورة الحج.

أما دليل انتقالها إلى الأم عند عدم الجد وآبائه فقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [1] حيث أوجب عليها ما عجز عنه الأب من الرضاع، فلزم أن يجب عليها ما يعجز عنه من النفقة لعسرته أو لموته.

وإذا وجد الجد فلم يعجز الأب لقيام الجد مقامه، فلا يجب عليها النفقة إلا عند عدم الأب وأباءه أو إعساره.

الاختيار:

بعد أن ذكرنا الآراء وما يمكن الاستدلال به لكل رأى فإننى ألاحظ أن من قال بوجوب النفقة على الوارث من الرجال والنساء ومن قال بوجوبها على العصبة فقط ومن قال بوجوبها على كل ذى رحم محرم اعتمدوا على عموم قوله تعالى :﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ وعلى قراءة ابن مسعود (وعلى الوراث ذى الرحم المحرم مثل ذلك) وهو لا يصلح متمسكا لهم.

أ- أما قراءة ابن مسعود فهى قراءة شاذة فلا يجوز العمل بها وإلا أدى ذلك إلى الطعن فى القرآن.

ب- أما عموم الآية ــ وعلى الوارث مثل ذلك ــ فإن أهل التأويل قد اختلفوا فيه اختلافاً كثيراً فحمله ابن عباس على ترك المضارة أى على الوارث أن لا يضار وعلى هذا فلا غرم على أحد من الورثة ولا يلزمه نفقة ولد الموروث.

---

(١) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

وحمله غيره على من يرث الأب فعليه مثل ما كـــان علـــى الأب من أجر الرضاع.

واختلفوا فى المراد بالوارث فقيل هو من يرث الأب رجلاً كان أو امرأة، وقيل هو من كان ذا رحم محرم للمولود وقيل هو المولود نفسه.

والسبب فى هذا الخلاف هو الخلاف فى الإشارة فى قوله تعـالى: **﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾** ـ فمنهم من رده إلى جميع مـــا تقـــدم مـــن إيجاب، النفقة وتحريم الإضرار ومنهم من قال لا يرجع إلا إلى الأخـــير وهو تحريم الإضرار وعلى هذا يكون لفظ الوارث فى الآية مجملاً فـــلا يحل حمله على أحد هذه المعانى إلا بدليل فسقط الاستدلال به[1].

أما ما ذهب إليه الشافعية من إقامة الجد مقام الأب وإلزامه بالنفقـة فغير مسلم لأن أموال الناس محظورة.

فلا يخرج شئ منها إلا بدليل وما قالوه لا يصلـــح لإلـــزام الجـــد بالنفقة مع وجود الدليل على حرمة الأموال إلا بحقها أما إيجابهم النفقـــة على الأم بعد الجد واباءه ـ استدلالا بالآيـــة : **﴿ والوالـــدات يرضعـــن اولادهن حولين كاملين ﴾**.

فغير مسلم أيضاً لأن الله أوجب لها الأجر مقابل الرضاع ثم بيـــن أن عند التعاسر ترضع له أخرى ولو كان واجباً عليها، ما كان لـــها أن تمتنع وإذا لم يلزمها الرضاع لم يلزمها النفقة، ثم إنه لا تلازم بينهما.

---

(١) يراجع الجامع لاحكام القرآن للقرطبى ١/١٠٨٠ وما بعدها فتح البارى لابن حجر، ٩/٤٢٤، السيل الجرار ٢/٤٥٧.

ويدل لذلك حديث أم سلمة[1] حيث دل على أن نفقة بنيها غير واجبة عليها إذ لو وجبت لبينها رسول الله ﷺ ولما قالت ولست بتاركتهم، فإنفاقها عليهم كان على سبيل الفضل والتطوع لا على سبيل الإلزام.

وبناء على ذلك فإنى أرى أن القول بعدم لزوم النفقة لغير الأب هو الأولى بالاتباع، وعلى ذلك فإن مات الأب ولا مال للصغير، فإنه يستحب لأقربائه أن ينفقوا عليه يقدم بذلك الأخص به فالأخص والأم أخص به من غيرها فتقدم، فإن لم تفعل أو كانت معسرة فالجد ثم الأخ وهكذا الأقرب فالأقرب فإذا لم يقم به أحد كان على الإمام القيام به من بيت المال.

وإنما استحب لأقربائه القيام به لأن هذه النفقات مما يصدق عليها أنها صلة للأرحام فإذا لم يوجد دليل ينتهض على وجوبها فهى من أفضل القرب وأعظم الطاعات المقربة إلى الله ﷻ.

---

(١) وهو ما روى أنها قالت : يا رسول الله هل لى أجر فى بنى أبى سلمة أن انفق عليهم ولست بتاركتهم هكذا وهكذا إنما هم بنى قال نعم لك أجر ما أنفقت عليهم ، فتح البارى ٩/٤٢٤، السنن لابن ماجة ١/٥٨٧.

المبحث الثانى

رضاع المحضون

إذا كان المحضون رضيعاً فهل تجبر الأم على الإرضاع أم لا ؟ وهل تستحق الأجر على الإرضاع أم لا؟ وعلى من تجب أجرة الرضاع؟ هذا ما سنتناوله بالبحث فى هذه المطالب:

المطلب الأول

لا تجبر الأم على الإرضاع إلا فى مسائل

إذا افترق الزوجان وبينهما ولد رضيع فحضنته أمه أو غيرها وهو فى حاجة إلى الرضاع فلا تجبر الأم [1] أو غيرها على الإرضاع إلا فى ثلاث مسائل:

١- إذا تعينت للارضاع[2].

ولا تتعين للرضاع إلا فى حالتين:

<u>الحالة الأولى:</u> أن لا يوجد غيرها:

---

(١) هذا عند الجمهور أما ابن حزم فيرى أنها تجبر على رضاعه حولين إلا إذا تعاسرت المطلقة مع أبى الصغير فلم يتفقا على الأجر، يراجع المحلى ١٠٧/١٠.

(٢) يراجع البدائع ٤٠/٤، البحر الرائق ٢١٩/٤، التاج والإكليل مع المواهب ٢١٣/٤، ٢١٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٢٢٥/٢، ٢٢٦، تكملة المجموع ٢١٢/٢٠، المغنى ٦٢٥/٧، السيل الجرار ٤٤٠/٢، فتح القدير ٤١٢/٤، التفسير الكبير للرازى ٤١٣/٣، ٤٢٢، مختصر المزنى صـ ٢٣٤.

فإذا لم يوجد من يرضع الطفل غيرها فإنها تجبر على الإرضاع إذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد فكان ذلك موضع ضرورة وحفظاً لنفس الطفل، وما كان كذلك فإنها تجبر عليه.

الحالة الثالثة : أن لا يقبل الطفل غيرها:

فإذا وجد من يرضع الطفل غيرها لكنه لم يقبل ثدى غيرها فإنها تجبر [١] على ارضاعه اما أو غيرها[٢]وسواء أمكن تغذيته بالدهن وغيره من المائعات أولا، لأن فى ذلك تعريض الطفل للموت إذ قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن وغيره يكون سبباً فى تمريضه وموته.

٢- إذا كان الطفل وأبوه معدمين:

فإذا لم يكن للولد والوالد مال يستأجر منه من يرضعه فإن الأم تجبر على إرضاعه[٣] وسواء فى ذلك أن يوجد غيرها أولا يوجد أن يقبل الصبى ثدى غيرها أو لا يقبل.

---

(١) ويرى بعض الحنفية أنها لا تجبر بل يغذى الطفل بالدهن وغيره من المائعات فلا يضيع. رد المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢١٩/٤.

(٢) إذا لم يوجد للرضيع أما ووجد غيرها كالظئر ولم يقبل الطفل غيرها فإنها تجبر على رضاعة ابتداء وقيل على استدامة رضاعه ، رد المحتار ٦٧٥/٢، البحر الرائق ٢٢٠/٤.

(٣) بلبنها إن كان لها لبن أو تستأجر من يرضعه من مالها إن كان لها مال، ولا ترضع بالأجرة على الأب أو الصبى، إذا أيسر عند المالكية سواء كانت أرضعته أو استرضعت له من مالها لأنها أسقطت عنهما بعدمهما، وعند الحنفية تجعل الأجرة دينا ترجع بها الأم على من أيسر منهما، منحة الخالق مع البحر الرائق ٢١٩/٤،٢٢٠، رد المحتار ٦٧٥/٢، الدسوقى والشرح الكبير ٢٢٥/٢، مواهب الجليل ٢١٤/٤.

٣- يجب على الأم ارضاعه أللبا[١].

ينفرد الشافعية [٢] عن بقية الفقهاء فى القول بأن على الأم ارضاع ولدها اللبا ــ أول اللبن ــ سواء كانت متعينة للارضاع أم لا ، كان للولد والوالد مال أو لم يكن لهما مال، لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً، أو أنه لا يقوى ولا تشتد بنيته إلا به.

أما فيما عدا هذه المسائل فإن الأم لا تجبر على الإرضاع خاصة إذا لم تكن فى عصمة الزوج[٣] عند الجمهور من أهل العلم [٤] حتى قال ابن قدامة [٥] لا نعلم فى عدم اجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافاً، لكن ذكر الماوردى الخلاف فى ذلك عن أبى ثور وابن حزم[٦].

حيث يريان وجوب الإرضاع على الأم مطلقاً كانت فى العصمة أو لا .

---

(١) أللبا بهمز وقصر ــ غير ممدود ــ وهو اللبن النازل أول الولادة ومدته يسيرة وغير مقدرة بزمن فيرجع فيها لأهل الخبرة وقدرها البعض بثلاثة ايام ــ الاقناع ١٨٧/٢، قليوبى على شرح المحلى ٨٦/٤.

(٢) المصدرين السابقين نفس الصفحات.

(٣) أما التى فى عصمة الزوج ــ ولو مطلقة طلاقا رجعياً لا تزال فى العدة ــ فعند الجمهور لا تجبر ، وعند أبى ثور وابن أبى ليلى وابن حزم تجبر.، وعند المالكية إن كانت شريفة لا تجبر وإن كانت دنية تجبر ، رد المحتار ٦٧٥/٢، الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٥/٢ ، ٥٢٦ الحاوى ٤٩٥/١١ ، ٤٩٦،المغنى ٦٢٧/٧، المحلى ١٠٧/١٠ ، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٠/١.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) المغنى ٦٢٧/٧.

(٦) الحاوى ٤٩٥/١١، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠، المحلى ١٠٧/١٠.

ويستدلا لذلك بقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ [١].

فذلك أمر والأمر يقتضى الوجوب، وما وجب صح فيه الإجبار ولو لم تتعين.

وما ذهب إليه الجمهور هو الأرجح لقوله تعالى : ﴿ **وإن تعاسوتم فسترضع له أخرى** ﴾ [٢] ومعناه إن أبت الأم أن ترضع استأجر لولده أخرى، ومعنى تعاسرتم تضايقتم وتشاكستم فليسترضع لولده غيرها وهو خبر فى معنى الأمر.

ولقوله تعالى :﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ [٣] فهذا من ألفاظ التخيير، ومع التخيير يسقط القول بالإجبار.

أما ما استدل به أبو ثور وابن حزم فهو محمول على الإخبار حيث أنه يخرج مخرج الخبر لا الأمر.

(١) بعض آية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٢) بعض آية ٦ من سورة الطلاق.

(٣) بعض الآية ٦٠ من سورة الطلاق.

المطلب الثاني

طلب الأجر على الإرضاع[1].

إذا أرضعت الحاضنة الولد ــ فهل لها طلب الأجر على ذلـــك ؟ علمنا مما تقدم أن الأم لا تجبر على إرضاع ولدها خاصة التى ليست فى عصمة الزوج[2]، فإن أرادت إرضاعه فلا يخلوا ذلك من ثلاثة أحوال:

<u>الأول :</u>

أن تطلب إرضاعه متطوعة بغير أجر فتكون أحق بإرضاعـــه[3] من غيرها، وسواء وجد الأب من يرضعه بغير أجرة أولا ، فلا يحق لـــه انتزاعه منها.

ودليل ذلك قوله تعالى : **﴿ والوالدات يرضعن أولادهـــن حوليـــن كاملين ﴾** .

---

(١) ينبغى أن يعلم أن أجرة الرضاع غير نفقة الولد ، فإذا استأجر الأم للإرضاع لا يكفى عـــن نفقة الولد، لأن الولد لايكفيه اللبن بل يحتاج معه إلى شئ آخر كما هو المشـــاهد خصوصـــاً الكسوة فيقرر له القاضى نفقة غير أجرة الإرضاع وغير أجرة الحضانة. فعلى هذا تجب على الأب ثلاثة أجرة الرضاع وأجرة الحضانة ونفقة الولد ، البحر الرائق ٢٢٢/٤.

(٢) الأم التى فى عصمة الزوج لا تستحق الأجرة على الرضاع، لأنها تستحق النفقة على الزوج وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين ــ البدائع ٤١/٤، رد المحتار ٦٧٥/٢.

(٣) البدائع ٤٠/٤، الدسوقى مع الشرح الكبير ٥٢٦/٢، الحـــاوى ٤٩٦/١١، المغنـــى ٦٢٩/٧، تكملة المجموع ٢١١/٢٠، السيل الجرار ٤٤١/٢، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٠/١، مختصر المزنى صـــ ٢٣٤.

ولما روى عن النبى ﷺ أنه قال :" لا تؤله والدة عن ولدها "[1] دل الحديث على حرمة ذلك للنهى عنه وفى نزع الولد منها توليه لها فكـــان حراماً.

ولأن الأم أحن عليه وأشفق ، ولبنها أدر عليـــه وأوفـــر، ولأنـــه يستمرئه أكثر من استمراء غيرها، ولأن فى انتزاع الولد منها أضـــرارا بها وأنه منهى عنه بقوله تعالى : ﴿ **لا تضـــار والـــدة بولدهـــا** ﴾ أى لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهى تريد إمساكه وإرضاعه.

<u>الثانى :</u>

أن تطلب رضاعه بأكثر من أجرة المثل.

إذا طلبت الأم ارضاعه بأكثر من أجر المثـــل ووجـــد الأب مـــن ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة فقد اختلف الفقهاء فى ذلك علـــى ثلاثـــة أقوال:

<u>القول الأول:</u> وذهب إليه الحنفية [2].

أن للأب أن يسترضع لولده غيرها ولا يلزمه دفع الأجرة الزائـدة، لكنه لا ينزع من الأم[3]، لأن حق الحضانة لها فلا يملـــك الأب إبطالـــه،

(١) الحديث فى سنن البيهقى ٥/٨، نصب الراية ٢٦٦/٣، التلخيص الحبير ١٥/٣.

(٢) المبسوط ٢٠٨/٥، البحر الرائق ٢٢١/٤.

(٣) والظاهر أن كل من تثبت لها الحضانة لها حكم الأم فلا ينزع الطفـــل منـــها وإنمـــا يـــأتى بالمرضعة لترضعه عندها، رد المحتار ٦٧٥/٢.

وعلى هذا فإن الأب يأتى بمرضعة لأبنه بأقل مما طلبت الأم ترضعه عند الأم[1].

ودليل ذلك:

أن لكل من الأب والأم حق وقد تعارض الحقان ولا يمكن الجمع بينهما إلا بذلك.

أما الأب فحقه أن لا يجبر على دفع الزيادة التى تطلبها الأم، وأما الأم فحقها فى الحضانة وأن لا تخرج الولد عنها والله يقول : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ وقد أمكن الجمع بين الحقين بعدم نزع الولد من أمه وعدم إلزام الأب بتلك الزيادة بما قلنا فوجب المصير إليه.

القول الثانى :

وذهب إليه الشافعية والحنابلة والزيدية[2].

أنها إذا طلبت أكثر من أجر المثل تسقط حضانتها[3] فيكون الأب أحق بالولد ليسترضع له غيرها بأجر المثل أو أقل.

---

(١) لا يلزم المرضعة أن تمكث عند الأم بل لها أن ترضعه ثم تعود إلى دارها، كما لها أن تطلب إخراجه إلى فناء الدار لترضعه فيه، رد المحتار ٦٧٥/٢.

(٢) الحاوى ٤٩٦/١١، الاقناع ١٩٦/٢، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافى لابن قدامة ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢.

(٣) يرى المالكية والشافعية أن الأم إن امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها كان لها لبن أولا ، والظاهر وبه قال الحنابلة أنها لا تسقط حضانتها إلا إذا كان لها لبن وامتنعت عن الإرضاع، أما إذا لم يكن لها لبن فلا تسقط حضانتها، وعند الحنفية لا يسقط حقها فى الحضانة مطلقا، يراجع : رد المحتار ٦٧٦/٢، الاقناع ١٩٦/٢،المغنى : ٣٢٩/٧، مواهب الجليل ٢١٤/٤.

أما أحقية الأب به فلقوله تعالى : ﴿ **وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى** ﴾ ومعنى تعاسرتم اختلفتم، والأم بطلبها أكثر من أجرة المثل قد تعاسرت فجاز للأب أن يعدل به عنها إلى غيرها وأما سقوط حقها فى الحضانة فلأنها قد اشتطت بطلب ما ليس لها فدخلت فى عموم قوله تعالى : ﴿ **فسترضع له أخرى** ﴾ ولأن ما لا يوجد بثمن المثل فهو كالمعدوم.

القول الثالث: وذهب إليه المالكية [(١)].

أن الأم أحق برضاعه وترد إلى أجر مثلها.

فإن طلبت أن ترضعه بأكثر من أجر المثل ـ بمائة مثلاً ـ ووجد الأب من يرضعه بخمسين ـ أقل من أجر المثل ـ فإن الأم تكون أحق برضاعه بأجر مثلها لا بالخمسين التى طلبتها الأم .

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه ، لما فيه من التوفيق بين جميع الحقوق، حق الأب فى أن لا يلزمه أكثر من أجل المثل، وحق الأم فى أن لا يفارقها ولدها، وحق الولد فى أن يرضع من لبن أمه.

فإن أبت أن ترضعه إلا بأكثر من ذلك فإن للأب أن يسترضع له لكن لا يسقط حق الأم فى الحضانة بل يسترضع له من ترضعه عند أمه كما هو قول الحنفية.

---

(١) مواهب الجليل ٢١٤/٤.

الثالث: أن تطلب رضاعه بأجر المثل:

إذا طلبت الأم ــ وكانت حاضنة للولد ــ أن ترضعه بأجر المثل فلا يخلو ذلك من أحوال ثلاثة :

أ- أن يجد الأب من يرضعه بأجر المثل أو أكثر:

وفى هذه الحالة تكون الأم أحق برضاعه من غيرها اتفاقاً[١].

لأن حق الإرضاع لها بقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾.

وقوله تعالى : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾.

فإذا لم يجد الأب من ترضعه بأقل مما ترضعه به الأم لم يكن له أن يحوله عنها، لأنه يكون بذلك مضاراً لها ومفوتاً لحقها حيث رضى بدفع مقدار إلى الأخرى ولا يرضى بدفع مثل ذلك إلى الأم.

ثم أن الأم استوت مع الأجنبية فيما طلبته من أجر، وامتازت الأم عنها بفضل الحنو والشفقة ولبنها أمرأ للولد من لبن غيرها فكانت أحق.

ب - أن يجد الأب من يرضع الطفل مجاناً:

إذا طلبت الأم أجر المثل وقال الأب[٢] إنه وجد من ترضعه بغير أجر فقد اختلف الفقهاء فيمن يكون أحق بالولد؟ الأم أم الأب؟

وخلافهم يتمثل فى الآتى:

---

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، التاج والإكليل ٢١٤/٤،الحاوى ٤٩٧/١١، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافى لابن قدامة ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢، شرح منتهى الارادات ٢٦٣/٣.

(٢) ويصدق الأب بيمينه فى وجود المتبرعة أو التى ترضع بأقل من أجر المثل ــ حاشية قليوبى على شرح المحلى ٨٦/٤، تكملة المجموع ٢١٣/٢٠،مختصر المزنى صــ ٢٣٤.

١- ذهب الحنفية والشافعية في الأظهر[١]:

إلى أن الأب يكون أحق برضاعه لقوله تعالى : ﴿ **وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى** ﴾ ولأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، ولأن في إلزامه بما تطلبه الأم أضرار به والله يقول : ﴿ **لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده** ﴾ إلا أن عند الحنفية لا ينزع الطفل من أمه فتأتي المرضعة – المتبرعة – فترضعه عند أمه .

أما عند الشافعية فينزع من الأم وتسقط حضانتها بذلك كما سبق.

٢- وذهب المالكية[٢] والشافعية في مقابل الأظهر ، والحنابلة والزيدية[٣].

أن الأم أحق برضاعه بأجر المثل، لأن الله جعل الحق في الإرضاع لها، كما جعل لها الأجر عليه بقوله : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ حيث أوجب لها الأجر على الإرضاع من غير فرق بين أن يجد الأب من ترضع الولد غيرها متبرعة أو بأقل من أجر المثل فلا يسقط حقها، ثم إنها أشفق على الولد وأحنى من غيرها، كما أن رضاعها أحظ للولد وأدر عليه وأمرأ فصارت به أحق.

---

(١) المبسوط ٢٠٨/٥، البدائع ٤١/٤، شرح المحلى على المنهاج ٨٦/٤، الحاوى ٤٩٧/١١.

(٢) هذا إن قال عندى من ترضعه عندى مجاناً بالاتفاق وكذلك لو قال عندى من ترضعه عند أمه مجاناً، يراجع حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٥٢٦/٢.

(٣) الحاوى ٤٩٧/١١، شرح المحلى ٨٦/٤، المغنى ٦٢٨/٧، ٦٢٩، الكافى ٣٨٠/٣، السيل الجرار ٤٤١/٢، شرح منتهى الارادات ٢٦٣/٣.

وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه لما فيه من رعاية حق الأم وحق الولد، أما أن الأب يلزمه المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، فلأن الله ألزمه بذلك بقوله : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ .

جـ- أن يجد الأب من يرضعه بأقل من أجر المثل:

فقد اختلف الفقهاء فى من يكون أولى منهما بإرضاعه على النحو التالى :

١- ذهب المالكية والحنابلة والزيدية[١].

إلى القول بأن أمه أحق به بأجر المثل، لأن الله جعل الرضاع لها وجعل لها الأجر على ذلك بقوله : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ وهى لم تطلب أكثر من أجر المثل فكانت غير مضارة، فلا يسقط حقها فى الإرضاع، وإن وجد الأب من يرضعه بأقل فلم تكن مضارة فى طلب أجر مثلها فكانت أحق برضاع الولد.

ولقوله تعالى : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين** ﴾ ولأن الأم أحنى عليه وأشفق فكانت أحق من غيرها.

٢- وذهب الحنفية [٢]:

إلى القول بأن الأب أحق بالولد يسترضع له من يجدها بأقل من أجر المثل.

---

(١) الدسوقى والشرح الكبير ٢/٥٢٦، الكافى لابن قدامة ٣/٣٨٠، المغنى ٧/٦٢٧، السيل الجرار ٢/٤٤١.

(٢) المبسوط ٥/٢٠٨، البدائع ٤/٤١، المغنى ٧/٦٢٨.

لأن الأب لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها.

ولأن الله جعل له الحق فى أن يسترضع غيرها عند التعاسر بقوله : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾.

والأم لم ترضى إلا بأجر المثل والأب لا يرضى بأن يدفـــع مــا تطلبه الأم من زيادة فكانا متعاسرين فيجوز له الإرضاع.

٣- أما الشافعية فيقولون ينظر إلى قدر نقصان الأجرة[١].

فإن كان بقدر زيادة الإدرار وفضل الاستمراء كانت الأم أحق لأن نقصان الأجر يعتبر فى مقابلة نقصان اللبن وتترجح الأم بفضــل الحنو.

أما إن كان النقصان عن أجر المثل أكـــثر مــن فضــل الادرار والاستمراء فقولان:

الأول:

أن الأب أحق فيسترضع له أخرى.

الثانى:

أن الأم أحق لقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾.

الاختيار:

والذى أميل إليه من هذه الأقوال هو أن الأم أحق به بأجر المثــل ولو وجد من ترضعه مجانا أو بأقل لأن الله جعل الرضاع للأم بقــول : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ وأمر بإعطائهن الأجر على الرضـــاع

---

(١) الحاوى ٤٩٧/١١.

بقوله: ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ من غير فصل بين أن يكون هناك من يرضع مجانا أو بأقل من أجل المثل، ولأنها فى طلب أجر المثل ليست متعاسرة بل هى تطلب حقا أعطاها الله إياه فكان إرضاع الأجنبية مع وجودها تفويتا لحقها فى الرضاع وحقها فى الحضانة، كما أن فيه إضرارا بالولد فلم يجز.

المطلب الثالث

على من يجب أجر الرضاع

مما لا خلاف عليه أن الرضيع إن كان له مال ـ من ميراث أو هبة ونحو ذلك فإن أجر رضاعه يكون فى ماله[(١)]، قياسا على نفقته أثناء الرضاع وبعدها، حيث تكون فى ماله بالاتفاق فكذا أجر رضاعه وسواء كانت مرضعته هى الأم أو أجنبية.

أما إذا لم يكن له مال فإن أجر رضاعه على أبيه إن كان موسرا ولا يشاركه فى ذلك أحد[(٢)].

١- ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾.

وقوله تعالى : ﴿ **فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن** ﴾ .

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ٦٧٦/٢،البحر الرائق ٢٢٢/٤ الشرح الكبير مع الدسوقى ٥٢٥/٢، ٥٢٦، الفواكه الدوانى ١٠١/٢، المواهب والتاج ٢١٣/٤، ٢١٤، الاقناع ١٨٧/٢، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠، المغنى ٥٨٢/٧، ٥٨٤، ٦٢٧، المحلى ١٠٦/١٠.

(٢) المصادر السابقة نفس الصفحات، المبسوط ٢٠٨/٥، أحكام القرآن للجصاص، ٥٥٠/١.

حيث يستفاد من الآيتين وجوب أجر الرضاع علــى الأب فالآيــة الأولى توجب عليه نفقة المرضعة[1] لأجل الولد، فوجب عليه أجر رضاعه من باب أولى.

أما الآية الثانية ففيها أمر للآباء بإيتاء أجر الرضاع بعد الطـــلاق فدل على أن نفقة الرضاع كلها على الأب.

٢- أما دليل ذلك من المعقول فهو :

أن بعد الفرقة بين الزوجين لا يكون الرضاع مستحقا علــى الأم لا دينا ـ بالكسر ـ ولا دينا ـ بالفتح ـ ثم إن النفقة بعد الفطام علــى الأب لا يشاركه فيها أحد بأعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليــه كالانفــاق على نفسه، فكذلك قبل الفطام تكون مؤنة الرضاع عليه.

تسليم الاجر إلى المرضعة:

إذا ثبت أن أجر رضاع الصبى فى ماله إن كان له مــال أو فــى مال الأب إن كان موسرا، فإن هذا الأجر يسلم إلى من ترضعه[2] ســواء كانت حاضنة له أم لا لقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ حيث أوجب الله ذلك بقوله فأتوهن بصيغة الأمر وهى للوجوب، ثـــم إن ذلك أجرا ملكته عليه بالإرضاع فلزمه تسليمه إليها كسائر الأجـــور ولا

(١) هذا فى حال قيام الزوجية ـ أو بقاء العدة، أما بعد البينونة فلا نفقة لها، فوجب لها عليه أجر الرضاع لأن إلزامها به مجانا مع عجزها وانقطاع نفقتها عن الأب مضارة لها فساغ لها أخـذ الأجرة بعد البينونة، حاشية ابن عابدين ٢/٦٧٥.

(٢) يقول ابن عابدين ناقلا عن الخصاف، ٢/٦٧٦ ، فإن أنقضت عدتها وطلبت أجر الرضـــاع فهى أحق به وينظر القاضى بكم يجد إمرأة غيرها فيأمر بدفع ذلك إليها لقوله تعالى : ﴿ فــإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ﴾.

تسقط بموته بل تجب لها فى تركته وتشارك غرماءه فهى كغيرها من أصحاب ديونه[١].

ومدة الرضاع التى تستحق عليها الأجرة حولان [٢]، فإن أرضعته أكثر من حولين لم تستحق أجرة على الزائد وإنما تستحق الأجرة على إرضاعها له فى حوليه إلا أن يتراضى الأبوان على الزيادة أو النقصان فيعمل على تراضيهما، فإن اختلفا عمل على تقديره بالحولين شرعا لقوله تعالى : **﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾**.

<u>من يجب عليه رضاعه عند موت الأب أو إعساره:</u>

إذا أعسر الأب ولم يكن للصبى مال فإن الأم تجبر على إرضاعه[٣] إلا أن المالكية يقولون لا ترجع بالأجر ـ سواء أرضعته بنفسها أو استأجرت من يرضعه ـ على الأب أو الصبى إذا أيسر[٤].

أما الحنفية فيقولون تكون الأجرة دينا على الأب[٥] ترجع بها إن أيسر.

أما إذا مات الأب فقد اختلف الفقهاء فى من يجب عليه أجر رضاعه كاختلافهم فى من تجب عليه نفقته عند موت الأب وقد سبق بيان

---

(١) البحر الرائق ٢٢١/٤، حاشية رد المحتار ٦٧٦/٢، المغنى ٦١٢/٧.

(٢) التفسير الكبير للرازى ٤١٤/٣، رد المحتار ٦٧٦/٢، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٣) هذا عند الحنفية والمالكية أما عند الشافعية فلا تجبر على الإرضاع ويسترضع له وأجر رضاعه على من تلزمه نفقته، تكملة المجموع ٢١٠/٢٠.

(٤) الدسوقى والشرح الكبير ٥٢٦/٢، مواهب الجليل والتاج ٢١٤/٤.

(٥) منحة الخالق على البحر ٢٢٠/٤.

ذلك [1] إلا أن المالكية يوجبون عليها الإرضـــاع ســـواء مـــات الأب أو أعسر ولم يكن للصبى مال ولا يوجبون عليها النفقة.

---

(١) يراجع صـــ وما يليها من هذا البحث كما يراجع التاج والمواهب ٤/٢١٤.

المبحث الثالث

أجرة الحضانة والمسكن [١]

المطلب الأول

أجرة الحضانة

إذ طالبت[٢] الحاضنة بالأجرة لحضانتها للولد فهل تستحق ذلك أم لا وعلى من تجب؟ يفرق فى ذلك بين أن يكون للولد مال أم لا.

أ- إن كان للطفل مال من هبة أو ميراث أو غيرهما فعند الحنفية والشافعية[٣] لها ذلك سواء كانت الحاضنة غنية أو فقيرة وتكون الأجرة من مال الصغير وسواء فى ذلك أن يكون والد الطفل حيا أو ميتا ، غنيا أومعسرا.

لأنها حبست نفسها فى تربيته فوجب لها ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجرة الحضانة وإذا جازت الأجرة للأم جازت لغيرها من باب أولى.

---

(١) وهذه الأجرة غير أجرة الرضاع والتى سبق أن تحدثنا عنها البحر الرائق ٤/١٨١، ٢٢٢، رد المحتار ٢/٦٣٧.

(٢) يرى الشافعية أنها لو حضنت مدة من غير أن تطالب بأجرة على حضانتها للصغير لم يكن لها أن تطالب بها عن تلك المدة، لكن لها أن تطالب بها عن ما يستقبل فقط ، يراجع تقريرات الشيخ عوض مع الاقناع ٢/١٩٤.

(٣) منحة الخالق مع البحر الرائق ٤/١٨١، تقريرات الشيخ عوض مع الإقناع ٢/١٩٤، ١٩٥، حاشية قليوبى ٤/٨٨.

أما المالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن للأم[1] الأجرة إن كانت فقيرة، أما إن كانت غنية فلا نفقة لها ولا أجرة فى مال الصبى عند مالك فى قوله المرجوع إليه[2] وكذلك عند الحنابلة على القول بأن الحضانة حق عليها[3] حيث لا تستحق الأجرة على ما هو مستحق عليها.

أما وجوب الأجرة لها إن كانت فقيرة فلأن نفقة الأم الفقيرة واجبة فى مال ابنها المؤسر فكانت مستحقة لها من حيث فقرها لا من حيث كونها حاضنة له بدليل أنها تستحق النفقة إن كانت فقيرة وابنها موسر ولو لم تحضنه.

. أما إن كانت غنية فلا نفقة لها فى مال الابن ولا أجرة لها على الحضانة إذ هى حقها والإنسان لا يستحق الأجرة على شئ مستحق له.

والذى أميل إليه وأراه راجحاً هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من وجوب الأجرة فى مال الصغير إن كانت الحاضنة فقيرة ـ سواء كانت أماً أو غيرها ـ أما الأم فلأنها إن لم تستحق الأجرة فإنها تستحق النفقة فى مال الصغير، وأما غير الأم فلأنها حبست نفسها على تربيته وليس لها ما تنفق على نفسها منه فكان لها الأجرة .

---

(١) يلاحظ أن كلام المالكية فى الحاضنة إذا كانت أماً للمحضون أما غيرها فلا تستحق النفقة إذ لا تجب على الولد إلا لوالديه فقط. الفواكه الدوانى ٢/١٠٤.

(٢) وبه أخذ ابن القاسم وكان يقول أولا ينفق على الحاضنة من مال الغلام، الدسوقى والشرح الكبير ٢/٥٣٤، التاج ٤/٢٢١.

(٣) أما على القول بأن الحضانة حق للحاضن فلها الأجرة الفروع وتصحيح الفروع ٥/٦١٧، المبدع ٨/٢٣٦.

أما إن كانت غنية فأرى إن هى تأيمت لأجل المحضون وكـــانت هى القائمة بأمره أن يكون لها النفقة وإن كانت أكثر من الأجرة لأنها لــو تركتهم وتزوجت أتى من ينفق عليها فكان من النظر للولــد كونــه فـــى نظرها وخدمتها، وإن لم تكن تأيمت لأجله أو كانت فى سن من لايـتزوج كان لها الأجرة إن خدمتهم بقدر حضانتها، وإن كان لهم من يخدمـــهم أو استأجرت من يقوم بذلك وإنما هى ناظرة فيما يصلح للولد لم يكــن لــها شئ لا نفقة ولا أجرة.

ب- إن كان الولد معدما:

إذا كان الولد معدما لا مال له فإمـــا أن يكــون أبــوه[1] مليــا أو معسرا.

١- أن يكون غنيا:

إذا كان والد الطفل ذو مال.

فقد اختلف الفقهاء فى وجوب الاجرة عليه على قولين:

القول الأول:

وبه قال الحنفية[2] والشافعية فى المذهـــب [3] وهــو قــول عنــد الحنابلة[4].

---

(١) هذا إذا كان الأب حيا فإن كان ميتا لم تستحق الأم الأجرة لا فى مال الصبى ولا على مـــن تلزمه نفقته لوجوب التربية عليها حتى تجبر على الحضانة إذا امتنعت.

(٢) رد المحتار ٢/٦٣٤، وما بعدها، منحة الخالق ٤/١٨١.

(٣) وقيل لا أجرة لها بعد الفطام ، حاشية قليوبى وعميرة على شرح المحلى ٤/٨٨.

(٤) المبدع ٨/٢٣٦.

إن للحاضنة أن تطلب أجرة على حضانته ويجبر الأب عليها ولو لم تكن مرضعة[1].

لأنها إذا حضنته فقد حبست نفسها فى تربيته فوجب لها على الأب ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أجرة الحضانة ، ولأن نفقة الصغير واجبة على الأب إن كان غنياً، ومن جملتها الإنفاق على حاضنته، فلم تكن أجرة من كل وجه بل لها شبه بالأجرة وشبه بالنفقة ، وسواء فى استحقاق الأجرة أن تكون الحاضنة أماً أو غيرها، لأن الأم إن استحقت الأجرة على الحضانة كان استحقاق الأجنبية لها من باب الأولى.

القول الثانى :

وذهب إليه المالكية[2] والحنابلة فى القول الآخر[3] أن الحاضنة لا تستحق أجرة على الحضانة لا من الأب ولا من غيره، لأن الحضانة حق عليها، ولا أجرة لأحد على قيامه بما هو مستحق عليه، ولأن نفقتها إنما وجبت على الأب حال النكاح، أو فى العدة لمكان الزوجية وحق الحبس الثابت له عليها أما بعد انتهاء العدة فلا نفقة لها عليه.

---

(١) هذا مشروط بكونها غير منكوحة لابى المحضون أو معتدة منه وإلا لم يكن لها أجرة على حضانتها للطفل إذ هى مستحقة عليها ديانة ولاستحقاقها النفقة على الأب. منحة الخالق ٤/١٨١.

(٢) الفواكه الدوانى ٢/١٠٤، الدسوقى ٢/٥٣٤.

(٣) هذا على القول بأن الحضانة حق على الحاضن المبدع ٨/٢٣٦، الفروع ٥/٦١٧.

فإذا ثبت عدم استحقاقها للأجرة لوجوب الحضانة عليها، وعدم استحقاقها النفقة على أب الصبى لم يكن لها عليه شئ لا نفقة ولا أجرة حضانة، وهذا هو ما أميل إليه وأرجحه إذ لا يجب للإنسان أجر على فعل شئ مستحق عليه.

٢- **أن يكون الأب معدما:**

إذا كان الأب معسرا لا مال له، وحضنته الأم بلا مقابل فلا اشكال.

وإن رفضت أن تحضنه إلا بأجر وتبرعت أجنبية[١] بحضانته فإنه لا ينزع من الأم بل تحضنه بأجر المثل عند الحنفية[٢].

لأن فى دفع الصغير إلى الأجنبية ضرر به فلا يعتبر معه الضرر فى المال لان حرمته دون حرمته، وإن تبرعت بحضانته من تستحق الحضانة كالعمة والخالة ونحوهما من غير أن تمنع أمه من رؤيته وتعهده ففى الصحيح عندهم يقال للأم أما أن تمسكيه مجانا وأما أن تدفعيه إليها.

أما الشافعية [٣] والحنابلة فى قول [٤].

فيرون أن لها أن تحضنه بالأجرة وتكون دينا على الأب حيث جعلوا مؤنة الحضانة على الأب من غير تقييد.

---

(١) ويراد بالأجنبية من ليس لها حق فى الحضانة.

(٢) منحة الخالق ٤/١٨١.

(٣) وقيل تكون على من يلزمه نفقته، وهى عند الإعسار واجبة على الجد وإن علا فإن لم يوجد وجب على الأم أن تحضنه بغير أجر لوجوب نفقته عليها فى هذه الحالة، يراجع حاشية الشيخ عميرة ٤/٨٨، تقريرات الشيخ عوض مع الاقناع ٢/١٩٤، ١٩٥.

(٤) وهو اعتبار الحضانة حق للحاضن.

أما المالكية[1] وهو قول عند الحنابلة [2] فيرون أن لا أجـــرة لـــها وتحضنه مجانا، لأنهم يقولون لا أجرة لها على الحضانة إن كانت غنيـــة من غير فصل بين غنى الأب أو فقره.

والذى أراه راجحا أن لا أجرة لها على الحضانة فإن قلنا الحق لها فإنها تجبر على حضانته مجانا.

وإن قلنا أنها حق عليها فإما أن تحضنه مجانا وأما أن تسلمه لمـــن تبرعت بحضانته مجانا سواء كانت ممن يستحق الحضانة أو لا ، إذ عدم حضانتها ترك لحقها فيها.

---

(١) يراجع الدسوقى ٢/٥٣٤.

(٢) على اعتبار أن الحضانة حق على الحاضن

المطلب الثانى

أجر المسكن للحاضن والمحضون

مما يتعلق بما سبق حق السكنى للحاضن والمحضون، وقد اختلف الفقهاء فى ثبوت أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل على الأب أو من تلزمه نفقته وعدم ثبوتها وحاصل خلافهم يتمثل فى الآتى:

أولاً:

بالنسبة لسكن الطفل نجد أن الفقهاء شبه مجمعون [1] على أن أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل تكون من مال الطفل إن كان له مال أو من مال من تلزمه نفقته[2]، كالأب عند يساره أو غيره من كل ذى رحم محرم أو من الورثة فقط على خلاف فى هذا وقد سبق فى النفقة[3].

ولعل السبب فى هذا هو أن السكنى من النفقة وهى واجبة فى مال الطفل إن كان له مال وإلا فعلى من تلزمه نفقة الطفل.

---

(١) لم يشذ عن ذلك إلا المالكية فى قول حيث يرون أن الأب إن كان فى مسكن يملكه أو بكراء ولا يزاد عليه شئ فى سكنى الولد معه أن لا شئ عليه فى أجرة سكنه مع الحاضنة لأنه فى مندوحة من دفع الأجر فى سكناه، وإن كان يزاد عليه فى الكراء أو عليها لأجل سكناه فعلى الأب الأقل مما يزاد عليها أو عليه لأجله فإن كان ما زيد عليها أقل أخذته لأنه القدر الذى أضر بها وإن كان ما يزاد عليه أقل غرمه لأنه مما لم يكن له بد لو كان عنده. يراجع التاج والإكليل ومواهب الجليل ٤/٢٢٠.

(٢) رد المحتار والدر المختار ٢/٦٣٧، ٦٧٠، ٦٧٦، الدسوقى ٢/٥٣٣، قليوبى على شرح المحلى ٤/٨٤، الفروع ٥/٥٩٥.

(٣) يراجع صـــ من البحث.

ثانيا: أجر مسكن الحاضن:

اختلف الفقهاء فى لزوم أجرة المسكن الذى تقيم فيه الحاضنة مع الطفل وذلك على قولين:

القول الأول:

للحاضن أجر المسكن الذى تحضن فيه الطفل من ماله أو من مال من تلزم الطفل نفقته.

ذهب إلى ذلك الحنفية فى الأظهر(١) والمالكية فى المشهور(٢).

واستدلوا لذلك بما يلى:

١- أن أجرة المسكن من النفقة وهى لازمة فى مال الطفل أو فى مال من تلزمه نفقته.

٢- قد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلاً أو لها مسكن بكراء أو ربما تسكن عند غيرها فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد.

٣- إن المحضون إن احتاج إلى خادم فإنه يلزم الأب به، فكان الزامه بأجرة المسكن أولى إذ احتياجه إلى المسكن مقدم على احتياجه إلى الخادم.

---

(١) هذا عندهم مشروطاً بأن لا يكون لها مسكن خاص بها فإن كان لها مسكن تقيم به ويكون الولد تبعاً لها من غير أن يزاد عليها فى كراءه لأجله لم يكن لها أجرة، منحة الخالق مع البحر ٢٢٠/٤، رد المحتار ٦٣٧/٢.

(٢) الدسوقى والشرح ٥٣٣/٢، التاج والإكليل ٢٢٠/٤.

القول الثاني :

لا يجب للحاضنة أجر المسكن، لأن وجوب أجر الحضانة لا يستلزم وجوب المسكن.

ذهب إلى ذلك الحنفية في قول[١] وبه قال ابن وهب من المالكية[٢].

وعلى هذا فإن على الحاضنة ما يخصها من أجر المسكن، وعلى الطفل ما يخصه من ماله أو من مال من تلزمه نفقته، بأن يجعل نصف أجر المسكن على الحاضن ونصفه على أبى المحضون، أو ثلثها على أبى المحضون وثلثاها على الحاضن أو العكس، أو توزع على الرؤوس.

التـرجيح:

والذى أميل إليه هو أن أجر مسكن المحضون يكون من ماله إن كان له مال، أو من مال من تلزمه نفقته لأن أجرة المسكن من جملة النفقة وهى واجبة فى ماله إن كان وإلا فعلى من تلزمه نفقته، أما أجرة مسكن الحاضنة فإنى أرى أن يكون من مال الطفل إن كان له مال وكانت الحاضنة أمه وهى فقيرة لا مسكن لها، أما إن كان لها مسكن بحيث يسكن معها المحضون تبعا فلا.

---

(١) هذا عندهم فى مقابل الأظهر، منحة الخالق مع البحر ٤/٢٢٠، رد المحتار ٢/٦٣٧.

(٢) هذا القول هو مقابل المشهور فى المذهب ، يراجع التاج والمواهب ٤/٢٢٠.

وإن لم يكن للطفل مال فإنى أرى أن لا حق لها فى أجر المسكن على أبى المحضون أو من تلزمه نفقته، خاصة على القول بأن الحضانة حق عليها حيث لا حق لها أن تطالب بالأجر لشئ مستحق عليها، وحتى على القول بأن الحضانة حق للحاضن لم يكن لها أجر المسكن فإما أن تقبل حضانته بغير أجرة المسكن أو تتركها لغيرها إذ لا تجبر عليها، ولأن الحاضنة ليست زوجة لابى المحضون ولا معتدة منه فلا سكنى لها.

الخاتمة

بعد هذا العرض لموضوع الحضانة والأحكام الفقهية المتعلقة بها ـ فإننى أجمل أهم نتائج هذه الدراسة فى النقاط التالية :

١- أن الإسلام قد أهتم بمعالجة الآثار التى يمكن أن تنجم عن افتراق الزوجين خاصة ما يتعلق منها بالأطفال الصغار حتى لا يؤثر ذلك الفراق وما يتبعه من مشكلات على هؤلاء الأبناء.

٢- أوجب الإسلام رعاية الأبناء على الأباء أو من يقوم مقامهما عند الافتراق كما كان ذلك واجباً عليهما قبل الفراق، بما يصلحهم وينشئهم تنشئة سليمة حتى يشبوا صالحين نافعين لمجتمعاتهم وأوطانهم.

٣- أوجب الإسلام هذا الحق للأبناء الصغار حتى يشبوا ويصيروا قادرين على إعالة أنفسهم كما أوجبه لكل من بلغ منهم غير قادر على إعالة نفسه كالمجنون والزمن.

٤- أن الحضانة إنما هى لحظ المحضون فلا تثبت لمن كانت حضانته لا مصلحة فيها للمحضون وإن كان أقرب الناس إليه، فلا حضانة لصغير ولا مجنون ولا فاسق ولا كافر فى أرجح الأقوال.

٥- إن الأنثى المستحقة للحضانة يسقط حقها فيها بزواجها بأجنبى من المحضون خاصة إذا كان هناك ضرراً يعود عليه من هذا الزواج.

٦- من سقط حقه فى الحضانة لسبب من الأسباب يعود له ذلك الحق بمجرد زوال السبب المانع كالزواج والفسق والكفر ونحوها.

٧- لا أثر للسفر فى إسقاط حق من له الحضانة سواء كان هو المسافر أو من ينازعه فيها.

٨- أن أولى الناس بحضانة الطفل أمه وذلك بالإجماع ثم أمهاتها ثم الأب ثم أمهاته، ثم الجد، ثم الأخوات ، ثم الأخوة ثم الخالات ، ثم العمات والأعمام فى الأرجح، وإن هذا الترتيب اجتهادى روعى فيه مصلحة الصبى بتقديم من كان أكثر شفقة وصيانة على غيره.

٩- أن نفقة المحضون وأجر رضاعه فى ماله إن كان له مال وإلا ففى مال من تلزمه نفقته وأنها لا تقدر بشئ بعينه بل المراعى فيها كفاية المحضون.

١٠- إن للأم الحاضنة إذا كانت مرضعة الحق فى اجر رضاعه فى ماله أو فى مال أبيه بشرط أن لا يزيد عن أجر المثل.

١١- إن للحاضنة الحق فى طلب أجر الحضانة من مال الطفل أو من مال من تلزمه النفقة سيما إذا كانت أماً للمحضون وهى فقيرة وللصغير مال إذ نفقتها فى هذه الحالة واجبه عليه.

١٢- إن أجرة المسكن الذى يحضن فيه الطفل تكون فى ماله إن كان له مال، وإلا ففى مال من تلزمه نفقته، أما أجر سكن الحاضن فمن مال نفسه إلا إذا كانت الحاضنة أما للمحضون وهى فقيرة وهو موسر،حيث تكون نفقتها واجبة عليه ومن جملة ذلك أجر السكن الذى تقيم فيه.

والله تعالى أعلم ،، ،،

مصادر البحث

أولا: القرآن الكريم وعلومه

١-القرآن الكريم.

٢-أحكام القرآن لأبى بكر الجصاص ـ المكتبة التجارية مكة المكرمة.

٣- الجامع لأحكام القرآن لمحمد ابن أحمد القرطبى ـ ط دار الغد العربى.

٤-مفاتيح الغيب ـ أو التفسير الكبير لفخر الدين الرازى ـ ط دار الغد العربى.

ثانيا: الحديث وعلومه :

١- التلخيص مع المستدرك للإمام الذهبى ط دار المعرفة بيروت.

٢- الجامع المختصر من السنن ـ المعروف بسنن الترمذى ـ ط دار الفكر.

٣- سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى ط مصطفى الحلبى.

٤- السنن الكبرى لابى بكر أحمد بن الحسين البيهقى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.

٥- السنن لأبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى ـ ط دار الريان.

٦- السنن لابن ماجة القزوينى ـ ط دار الريان للتراث.

٧- صحيح البخارى لمحمد بن إسماعيل البخارى ـ ط دار الفتح الإسلامى الإسكندرية.

٨- فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى ـ ط دار الريان.
٩- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى ـ ط دار المعرفة ـ بيروت.
١٠- المصنف لعبد الرازق بن همام الصنعانى ـ ط المكتب الإسلامى.
١١- الموطأ للإمام مالك بن أنس مع شرح الزرقانى ـ ط دار الفكر.
١٢- منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار لابن تيمية ـ ط دار التراث ـ القاهرة.
١٣- نيل الأوطار للإمام الشوكانى ط ـ دار التراث ـ القاهرة.
١٤- نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى ـ ط دار الحديث ـ القاهرة.

ثالثا: اللغة:

١- القاموس المحيط للفيروز أبادى ـ المطبعة الأميرية.
٢- المعجم الكبير إصدار مجمع اللغة العربية ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب.
٣- المعجم الوسيط إصدار مجمع اللغة العربية ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب.
٤- مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر الرازى ط ـ دار الحديث ـ القاهرة.

٥- النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطال الركبى – مع المهذب – ط دار الفكر.

رابعاً: الفقه:

أ- الفقه الحنفى:

١- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى – ط دار الكتاب العربى – بيروت .

٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفى – ط دار المعرفة – بيروت.

٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ط – دار احياء التراث العربى بيروت.

٤- حاشية الطائى مع شرح الكنز لمحمد بن يونس الطائى – ط مصطفى الحلبى .

٥- الدر المختار للحصكفى مع حاشية رد المحتار – ط دار إحياء التراث العربى .

٦- شرح الكنز للعينى – ط مصطفى الحلبى.

٧- العناية على الهداية للبابرتى مع فتح القدير – ط دار الفكر.

٨- فتح القدير على الهداية لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام – ط دار الفكر.

٩- المبسوط للسرخسى – ط دار المعرفة – بيروت.

١٠- منحة الخالق لابن عابدين مع البحر الرائق – ط دار المعرفة – بيروت.

١١- الهداية شرح بداية المبتدى لعلى بن أبى بكر المرغينانى ــ ط دار الفكر.

ب-**الفقه المالكي:**

١- التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق ــ ط دار الفكر.

٢- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لمحمد عرفة الدسوقى ــ ط فيصل الحلبى .

٣- حاشية الرهونى على شرح الزرقانى لمختصر خليل ط ــ دار الفكر ــ بيروت.

٤- حاشية المدنى على كنون بهامش حاشية الرهونى ــ ط دار الفكر ــ بيروت.

٥- الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى ــ ط فيصل الحلبى .

٦- شرح الزرقانى على الموطأ ط دار الفكر.

٧- الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى ــ للنفراوى المالكى ــ مطبعة مصطفى الحلبى .

٨- المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون عن ابن القاسم ــ مطبعة السعادة ــ مصر.

٩- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل للحطاب ــ ط دار الفكر.

جـ - **الفقه الشافعي :**

١- الاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشربينى الخطيب ــ ط عيسى الحلبى.

٢- الأم لمحمد بن إدريس الشافعى ــ ط دار المعرفة ــ بيروت.
٣- تكملة المجموع للشيخ المطيعى ــ ط مكتبة الارشاد بجدة.
٤- تقريرات للشيخ عوض ومجموعة من العلماء مع الاقناع ــ ط عيسى الحلبى .
٥- حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلى ــ مع قليوبى ــ ط فيصل الحلبى .
٦- حاشية قليوبى على شرح المحلى ــ ط فيصل الحلبى .
٧- الحاوى الكبير للماوردى ــ ط دار الكتب العلمية ــ بيروت.
٨- شرح المحلى على المنهاج مطبوع مع قليوبى ــ ط فيصل الحلبى.
٩- المهذب للشيرازى ــ ط دار الفكر.
١٠- مختصر المزنى إسماعيل بن يحيى ــ ط دار المعرفة ــ بيروت.

د- **الفقه الحنبلي :**

١- تصحيح الفروع لأبى الحسين على بن سليمان المرداوى ــ ط عالم الفكر.
٢- شرح منتهى الإيرادات لمنصور بن إدريس البهوتى ــ ط دار الفكر.
٣- الفروع لأبى عبد الله محمد بن مفلح ــ ط عالم الفكر.
٤- الكافى لابن قدامة المقدسى ــ ط المكتب الإسلامى .

٥- المبدع فى شرح المقنع لبرهان الدين بن محمد بن مفلح ـ ط المكتب الإسلامى .

٦- مجموع فتاوى ابن تيمية ـ مؤسسة قرطبية ـ الهرم.

٧- المغنى لابن قدامة المقدسى على مختصر الخرقى ـ مكتبة الكليات الأزهرية.

هـ - **الفقه الظاهرى:**

١- المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن حزم الأندلسى ـ ط دار التراث ـ القاهرة .

و- **الفقه الزيدى:**

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى ـ ط دار الكتاب الإسلامى.

٢- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ـ ط دار الكتب العلمية .

ز- **مراجع عامة:**

١- البداية والنهاية لابن كثير ـ ط دار الغد العربى .

٢- حياة الحيوان للدميرى .

٣- المقادير الشرعية والأحكام الفقهية لمحمد نجم الدين الكردى.

★★★★★

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات



